

AULA INAUGURAL

SOBRE DIREITOS HUMANOS NA ERA DA BIO-POLÍTICA

Oswaldo Giacoia Junior*
giacoia@tsp.com.br

Desde a Antigüidade clássica, filósofos e juristas têm se dedicado a uma reflexão profunda sobre o inesgotável tesouro espiritual de *Antígona*. Em sua *Retórica* (1373 b e seguintes) já observava Aristóteles: “Pois realmente há, como todos de certo modo intuem, uma justiça e uma injustiça naturais, compulsórias para todas as criaturas humanas, mesmo para as que não têm associação ou compromisso com as outras. É isso que a *Antígona* de Sófocles claramente quer exprimir quando diz que o funeral de Polinices era um ato justo apesar da proibição; ela pretende dizer que era justo por *natureza*.”

Em complementação, pode-se recorrer ao texto magno da mesma *Retórica* de Aristóteles 1375 a 31: “Devemos enfatizar que os princípios de equidade são permanentes e imutáveis, e que a lei universal tampouco muda, pois se trata da lei natural, ao passo que as leis escritas muitas vezes mudam. Esse é o significado dos versos da *Antígona* de Sófocles, onde Antígona defende que, ao enterrar seu irmão, violou as leis de Creonte, mas não violou as leis não-escritas.”

Esse tema recebe uma inflexão decisiva na aurora da modernidade política, no século XVII, depois do esfacelamento do poder espiritual concentrado no papado romano, por força dos movimentos de reforma protestante, assim como com o surgimento dos modernos estados nacionais, surgidos em decorrência do desmoronamento da autoridade ainda centralizada na unidade política do sacro império romano-germânico. Começa a se firmar, então, com

* Professor do Departamento de Filosofia da UNICAMP.

Grotius e Hobbes, a teoria jusnaturalista dos direitos do homem, cuja sede e fundamentação seria a própria natureza racional e afetiva – a *humanitas* do *homo humanus*.

Daí porque, sobretudo desde o século XVII, pode-se constatar a transição, perfeitamente justificável em termos de racionalidade, entre direitos naturais e direitos humanos - de modo que os deveres impostos pelas leis não escritas de *Antígona* acabaram por assumir a forma histórica dos direitos humanos, ou dos direitos políticos fundamentais.

É nesse sentido que se encaminha a abordagem que pretendo fazer de *Antígona*. A importância da questão, para a discussão jusfilosófica atual, mal pode ser exagerada, tanto mais quando se atenta para o fato de que esse direito natural, expresso em leis não-escritas, a que *Antígona* recorre contra o edito positivo, sacrílego e autoritário de Creonte, encontra-se positivado, a partir das modernas constituições dos estados democráticos de direito, sob a forma de direitos humanos fundamentais em nosso constitucionalismo moderno. Acredito poder afirmar, sem grande temor de erro, que a maior parte da filosofia política contemporânea tem como eixo teórico a reflexão sobre os direitos humanos, em particular sob a ótica da relação entre eles e a democracia, como se atesta pelo livro de Habermas *Direito e Democracia*.

São esses direitos, constitucionalmente assegurados como liberdades públicas, que, desde sua positivação, demarcaram as trincheiras de resistência do cidadão contra os excessos de arbítrio do poder soberano. Neles se concentram as razões da verdadeira justiça contra a violência, mesmo que revestida de legalidade. Contra toda forma de opressão e tirania, a *Antígona* constitui um documento fundador e uma fonte de recurso legítimo à fonte da legitimidade em *leis não escritas*, porque ínsitas à natureza do ser humano.

Quando Creonte se dirige a *Antígona*, com a pergunta: “Sabias que um edito proibia o sepultamento de teu irmão?” – ou seja, sabias dos limites prescritos pelo direito positivo, a heroína trágica responde:

Mas Zeus não foi o arauto delas para mim, nem essas leis são as ditadas entre os homens pela Justiça, companheira de morada dos deuses infernais; e não me pareceu que tuas determinações tivessem força para impor aos mortais até a obrigação de transgredir normas divinas, não escritas, inevitáveis; não é de hoje, não é de ontem, é desde os tempos mais remotos que elas vigem, sem que ninguém possa dizer quando surgiram. E não seria por temer homem algum, nem o mais arrogante, que me arriscaria a ser punida pelos deuses por violá-las.¹

1 Sófocles. *Antígona* 510 a 515. In: Sófocles: *A Trilogia Tebana*. Trad. Mário da Gama Kury. 9a. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 219. Quando não houver indicações em contrário, as traduções são de minha autoria.

A leitura de tais passagens registra a aguda consciência, desde os primórdios de nossa civilização, de leis não escritas, iniludíveis, das quais não se pode dizer quando nem onde surgiram, mas que são cogentes como princípios objetivos, transcendendo fronteiras e limitações tanto espaciais como temporais, de modo que puderam ser interpretadas pelos jusfilósofos dos séculos XVII e XVIII como a expressão de *direitos naturais* universais, ínsitos à própria natureza humana.

São esses os direitos que, como resultado da memorável e prodigiosa epopéia democrática da história do Ocidente, foram positivados nos ordenamentos jurídicos dos modernos estados de direito, inicialmente nas constituições brotadas dos movimentos revolucionários inspirados no ideário filosófico das *Luzes*, no final do século XVIII. Testemunham-no a Declaração da Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da constituinte francesa de 1789.

Assim, nos termos do *terceiro artigo* da Declaração de Direitos da Virgínia

o governo é, ou deverá ser, instituído para o benefício comum, a proteção do povo, da nação, ou da comunidade; de todas as várias formas e modos de governo a melhor é aquela que é capaz de produzir o maior grau de felicidade e segurança, e que se encontra mais efetivamente garantida contra o perigo da má-administração; e que onde quer que qualquer governo seja considerado inadequado ou contrário a esses propósitos, a maioria da comunidade tem um indubitável, inalienável, e irrevogável direito de o reformar, alterar, ou abolir, do modo que seja considerado melhor conducente ao bem-estar público.

Em acréscimo e reforço do argumento, cito o segundo artigo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, diretamente emanada da mesma atmosfera espiritual que conduziu à Revolução Francesa e ao republicanismo contemporâneo: “O objetivo de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

Esse mesmo diapasão é ratificado pelo documento que constitui talvez a expressão mais radical do entendimento moderno de política e soberania: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição Francesa de 24 de junho de 1793, cujos artigos primeiro e segundo dispõem: “O objetivo da sociedade é a felicidade comum. O governo é instituído para garantir ao homem o usufruto dos seus direitos naturais e imprescritíveis. Esses direitos são a igualdade, a liberdade, a segurança, a propriedade”.

Percebe-se, pois, que, desde o surgimento do moderno estado democrático de direito, o fundamento e a justificação teórica da autoridade política não se

encontram mais na vontade de Deus, nos costumes herdados pela tradição, nem mesmo na história, mas solidamente plantados na natureza humana. Dela brotam direitos fundamentais e inalienáveis – o mesmo que, recorrendo a leis não-escritas, Antígona contrapunha ao edito positivo de Creonte – direitos legitimamente atribuíveis a todo homem em função de sua humanidade, prerrogativas éticas e jurídicas universais, cuja validade se sobrepõe aos ordenamentos jurídico-políticos empíricos, que, com efeito, teriam a função precípua justamente de assegurá-los e torná-los efetivos.

Retomando uma perspectiva kantiana em filosofia da história, o jusfilósofo Norberto Bobbio procura identificar, em nossos dias, um signo premonitório, a partir do qual, pelo diagnóstico do presente, pudesse lançar um olhar confiante sobre o futuro, interpretando esse sinal dos tempos, na esteira história profética de Kant, como indicativo de uma tendência da humanidade para seu aperfeiçoamento moral. Sob essa ótica, o jurista italiano considera o debate atual sobre os direitos humanos – “cada vez mais amplo, cada vez mais intenso, tão amplo que agora envolveu todos os povos da terra, tão intenso que foi posto na ordem do dia pelas mais autorizadas assembleias internacionais”² – como *signum prognosticum* da marcha histórica do gênero humano para “o melhor”.

É nesse horizonte histórico-filosófico que Bobbio insere sua reconstituição do desenvolvimento histórico dos direitos do homem, na qual se entrecruzam as linhas da sucessão cronológica – que considera tais direitos do ponto de vista objetivo (direitos civis ou políticos, de primeira geração; direitos sociais, de segunda geração; os direitos de titularidade difusa, de terceira geração) – com as linhas concernentes à sua positivação no direito constitucional, sem desconsiderar a especificação progressiva de sua titularidade, que inclui o aspecto atual de sua irreversível internacionalização.

Nesse sentido, viveríamos a *era dos direitos*, cuja primeira geração, centrada sobre a pessoa moral, seria constituída pelos direitos civis e políticos, que, como direitos de liberdade, asseguram *ex parte populi* a delimitação das prerrogativas *ex parte principis*, como restrições legais à discricionariedade e autocracia da tradicional razão de estado. Daí seria decorrente a relação entre direitos humanos e democracia, direitos humanos e estado de direito. “O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto

2 Bobbio, N. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004, p. 69.

necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. Vale sempre o velho ditado – e recentemente tivemos uma nova experiência – que diz *inter arma silent leges*. Hoje, estamos cada vez mais convencidos de que o ideal da paz perpétua só pode ser perseguido através de uma democratização progressiva do sistema internacional e que essa democratização não pode estar separada da gradual e cada vez mais efetiva proteção dos direitos do homem acima de cada um dos Estados.”³

Como exemplos - próximos e concretos -, podemos tomar a resistência às ditaduras na América do Sul, que dominaram o panorama político nos anos 70 e 80 do século passado, os movimentos contra a discriminação racial nos Estados Unidos da América e contra o *apartheid* no sul da África. A essa etapa corresponde a positivação dos direitos civis, sob a forma das declarações de direitos e garantias fundamentais, que estão na base do constitucionalismo moderno. Assim o atesta, como eco tardio, o reconhecimento pelo artigo 5 de nossa Constituição Federal, a título de princípio fundamental, da igualdade e da não discriminação entre os seres humanos.

A segunda geração dos direitos humanos, com titularidade centrada na pessoa social, é constituída pelos direitos econômicos, sociais e culturais, cuja positivação resulta tanto dos imperativos de justiça social surgidos no curso do desenvolvimento do capitalismo industrial, na passagem do século XIX para o XX – com sua exigência de igualdade concreta em contrapartida ao formalismo jurídico característico da conquista dos direitos civis – quanto dos movimentos políticos que levaram ao socialismo real, e da influência moral e política exercida pela doutrina social da Igreja Católica. Trata-se, em verdade, de uma especificação da titularidade dos direitos humanos que marca a passagem do plano abstrato do destinatário genérico – “o homem”, o gênero humano – para categorias concretas ou grupos sociais específicos (trabalhador, idoso, mulher, criança, adolescente, deficiente, consumidor, etc.).

Numa terceira geração, surgem os direitos coletivos, de solidariedade ou de titularidade difusa, sendo também o momento histórico em que predomina a tendência à internacionalização dos direitos humanos. Ocorre, então, a positivação, tanto no plano das constituições dos Estados nacionais, quanto principalmente naquele do direito internacional público, da proteção aos direitos que concernem solidariamente à humanidade. Por exemplo, aqueles ligados à paz, ao desenvolvimento, à conservação do meio ambiente, ao desenvolvimento sustentado, ao patrimônio genético, ameaçados pelas

consequências indesejáveis do extraordinário progresso e da extensão planetária da técnico-ciência, sobre cuja dinâmica se assenta a configuração atual da sociedade, tanto no âmbito da produção e circulação de bens, como naquele do consumo e lazer.

No interior desse quadro, gostaria de destacar especialmente a linha de especificação - que, nos próprios termos de Bobbio, pode ser compreendida como a manifestação, “nestes últimos anos, de uma nova linha de tendência; ela consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos de direito”⁴. Essa tendência progressiva da implementação dos direitos humanos, na linha da titularidade subjetiva dos mesmos, parte de uma especificação inicial abstrata, do “homem” como “cidadão”, passando pelos sociais conferidos a determinadas categorias - por determinações ligadas aos gêneros (diferença entre homem e mulher), às etapas da vida (idosos, crianças, adolescentes), a estados e condições da vida humana (doentes mentais, deficientes físicos), para de novo retornar, na forma dos direitos de solidariedade, a uma titularidade universal (direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente não poluído, ao patrimônio genético da humanidade).

Trata-se, assim, de uma linha de desenvolvimento que acopla a especificação progressiva com o predomínio da tendência à internacionalização dos direitos humanos. Essa integração, por sua vez, transforma o vínculo inicialmente abstrato e jurídico-formal entre homem e cidadão no atual programa de tutela internacional da cidadania, como possibilidade de uma tutela jurisdicional que reforce - pela possibilidade de recorrer a esse plano internacional da tutela jurídica - a efetividade daquela que opera no plano das jurisdições nacionais. A realidade efetiva dessa tendência pode ser comprovada pelos tratados e convenções decorrentes da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e da Carta das Nações Unidas de 1948. Assim, por exemplo: pela Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), pelo Estatuto dos Refugiados (1951), pelo Estatuto dos Apátridas (1954), pela Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação (1965), e, mais recentemente, pela Convenção Européia dos Direitos Humanos, pelo Pacto de São José para a América Latina, e pela atuação efetiva do Tribunal Penal Internacional.

Desse modo, o reforço no sentido da internacionalização subtrairia a condição por meio da qual se realizam e efetivam os direitos do homem

4 Bobbio, N. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004, p. 78.

(isto é, a cidadania) de sua limitação à esfera de poder discricionário e tendencialmente autocrático dos Estados nacionais, cuja permanente crise estrutural propiciou o advento das modernas experiências totalitárias, com seu cortejo de atrocidades inauditas. A memória dessa barbárie sem precedentes – interpretada como ruptura com a tradição ocidental da racionalidade política e jurídica – recoloca com urgência a inadiável tarefa de repensar os laços entre homem e cidadão, de traçar um novo desenho de ordem jurídica mundial, assegurando o direito à cidadania no âmbito do direito internacional público, como esfera complementar e subsidiária de efetivação dos direitos humanos, garantindo o respeito universal à dignidade da pessoa.

Mesmo hoje, quando o inteiro decurso histórico da humanidade parece ameaçado de morte, há zonas de luz que até o mais convicto dos pessimistas não pode ignorar: a abolição da escravidão, a supressão em muitos países dos suplícios que outrora acompanhavam a pena de morte e da própria pena de morte. É nessa zona de luz que coloco, em primeiro lugar, juntamente com os movimentos ecológicos e pacifistas, o interesse crescente de movimentos, partidos e governos, pela afirmação, reconhecimento e proteção dos direitos do homem.⁵

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta das Nações Unidas seriam marcos históricos inequívocos do reconhecimento da dignidade inerente a toda pessoa humana, bem como a garantia de direitos iguais e inalienáveis, como fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo, preservando as futuras gerações de seres humanos da repetição dos flagelos da guerra e da barbárie.

A consciência dessa tarefa e de sua urgência leva Bobbio a abandonar, em seu tratamento dos direitos humanos, a preocupação até hoje obsessiva com o problema de sua fundamentação definitiva, dando prioridade a *vis directiva* das medidas aptas a garantir sua proteção e realização eficaz. Não se trataria mais de um problema filosófico de fundamentação, mas de um problema político de efetivação e segurança jurídica.

É inegável que, no mundo contemporâneo, com a crise da razão, ocorre também uma crise de fundamentos – uma funda descrença na própria possibilidade de fundamentação em última instância. Toda tentativa desse gênero teria inevitavelmente de recorrer a alguma modalidade de absoluto, como substitutivo para o absoluto que historicamente se esvaziou de sentido. Para Bobbio, nossa necessidade premente é, ao mesmo tempo, muito mais modesta e imperiosa, embora nem por isso mais fácil. Não se trata mais

5 Bobbio, N. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004, p. 71.

de encontrar um sucedâneo do fundamento absoluto – empreendimento sublime, mas desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto, os *vários fundamentos possíveis*.

É nesse quadro histórico que gostaria de situar a tentativa do jusfilósofo brasileiro Celso Lafer de empreender, numa confluência entre as filosofias de Hannah Arendt e Norberto Bobbio, sua grandiosa e meritória tarefa de reconstrução dos direitos humanos:

No meu percurso reflexivo confluem os temas, os métodos e as maneiras de ver as coisas de Hannah Arendt e de Norberto Bobbio. Em *A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt* isto é muito explícito, como também o é no meu ensaio sobre a mentira e em outros trabalhos. Não creio, no entanto, que esta confluência é arbitrária. Tomo, neste sentido, a liberdade de lembrar que José Guilherme Merquior, já em 1980, com antevisão observa a equilibradora complementaridade na minha reflexão da gravitação simultânea de Hannah Arendt e Norberto Bobbio⁶.

Lafer alia à sua própria tentativa jusfilosófica de reconstrução dos direitos humanos aqueles dois poderosos precursores, considerando-os, principalmente, como membros de uma geração que viveu e pensou radicalmente o século XX, partilhando uma visão de responsabilidade coletiva, imposta e justificada como tarefa política de empenhar-se em afastar de nosso horizonte histórico a eventualidade de uma repetição dos horrores do totalitarismo – num empenho solidário em prol do que Arendt denominou *amor mundi*.

Testemunhas das barbáries perpetradas pelo nazi-fascismo e pelo stalinismo, assim como da crise profunda dos estados nacionais, que, entre outros fatores, ocasionou a segunda guerra mundial, Hannah Arendt e Norberto Bobbio, descreem de que a mera positivação jurídica dos direitos humanos nas constituições dos Estados constitua razão e meio eficaz para a efetiva realização dos mesmos. Para Arendt, do mesmo modo como para Bobbio, seria indispensável uma tutela internacional da cidadania para assegurar, num espaço público ampliado, a efetiva condição fundamental a partir da qual poder-se-ia fazer valer direitos - ou seja, o reconhecimento prévio de um direito a ter direitos.

Condição de efetividade que, por sua vez, teria como pressuposto a igualdade em dignidade e direitos de todos os seres humanos, abstração feita de sua nacionalidade. Nesse sentido, para Arendt e Bobbio, a *cidadania* deveria ser entendida num sentido ampliado, cujo efetivo exercício restauraria

6 Lafer, C. *Hannah Arendt e Norberto Bobbio – uma proposta de aproximação*. In: Correia, A. (Org.): *Hannah Arendt e a Condição Humana*. Salvador: Quarteto, 2006, p. 23.

a dignidade da política, entendida como atuação conjunta num espaço para asseguramento do um direito a um mundo compartilhado – numa inegável evocação (como também ocorre em Bobbio) do direito cosmopolita de Kant.

Em seus trabalhos mais recentes Celso Lafer faz menção também à obra do jusfilósofo italiano Giorgio Agamben, conectando-a com a perplexidade de Arendt e Bobbio, bem como com sua própria, em face da impossibilidade de compreender e explicar, com auxílio das categorias tradicionais da filosofia política e da racionalidade jurídica ocidental, a barbárie nazista:

As considerações de Hannah Arendt sobre a inaplicabilidade da razão de estado clássica permeiam a recente reflexão de Giorgio Agamben sobre o estado de exceção no mundo contemporâneo. Observa Agamben – e este é o seu ponto de partida – que o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou doze anos e que o totalitarismo pode ser definido como um estado de exceção instaurador de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não somente dos adversários políticos, mas de classes inteiras de cidadãos que, por uma razão ou outra, parecem não integráveis no sistema político.⁷

Em outra referência pertinente ao tema, Lafer menciona mais uma vez Agamben, desta feita no contexto de sua análise da inaplicabilidade do conceito de estado de necessidade, e da lógica jurídica que o disciplina, à situação configurada pelas atrocidades do regime nazista.

O que torna o horror do Holocausto ainda mais incompreensível – para a razoabilidade que caracteriza a lógica jurídica – é precisamente o fato de não ser a consequência de um estado de necessidade. Com efeito, o totalitarismo – e o Terceiro Reich em especial – pode ser considerado do ponto de vista jurídico como um estado de exceção permanente. Foi, como diz Giorgio Agamben em seu *O Estado de Exceção*, a instauração, por meio da exceção à ordem jurídica, de uma guerra civil legal.⁸

Uma vez que essa questão configura um aspecto importante também no âmbito do debate atual sobre os direitos humanos, gostaria de apresentar o ponto de vista de acordo com o qual talvez Agamben não possa ser considerado um bom companheiro de viagem numa inegavelmente corajosa e meritória empreitada de *reconstrução dos direitos humanos* – ainda mesmo quando, como no caso do professor Lafer, essa tarefa deva ser concebida e proposta como

7 Lafer, C. *Hannah Arendt e Norberto Bobbio – Uma Proposta de Aproximação*. In: Correia, A. (Org): *Hannah Arendt e a Condição Humana*. Salvador: Quarteto, 2006, p. 28. Cf. também Lafer, C. *A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um Diálogo com Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

8 Lafer, C. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: O Desafio do Direito a Ter Direitos*. In: Aguiar, O. A. et alii (Org). *Filosofia e Direitos Humanos*. Fortaleza: Editora da Universidade Federal do Ceará, 2006, p. 29.

implicando necessariamente a internacionalização dos direitos do homem, com base no princípio, inspirado em Arendt, de uma tutela internacional da cidadania como direito a ter direitos.

Tais seriam os direitos individuais ou políticos, como o direito à vida, à segurança, o direito de ir e vir, de liberdade religiosa, de opinião e expressão, cuja positivação nas constituições dos Estados constituiria a melhor garantia de proteção dos indivíduos contra as arbitrariedades atual ou virtualmente presentes do poder soberano. Essa foi a tendência de positivação que se configurou, de modo concreto, nos preâmbulos das constituições dos modernos estados nacionais, desde as revoluções americana e francesa, e que, desde muito cedo, não escapou ao escrutínio de críticos mais atilados.

Excursus: Marx e os Direitos do Homem e do Cidadão

Ora, muito precocemente, já no início do século XIX, esse entendimento jusnaturalista dos direitos humanos, como prerrogativas inalienáveis, naturais e universais, de que os homens seriam titulares em razão de sua humanidade, começaram a ser colocados sob o crivo da suspeita filosófica. Nesse sentido, Karl Marx talvez tenha sido o grande precursor na denúncia de mistificação ideológica dos direitos humanos abstratos.

Para o autor de *O Capital*, seria necessário atentar para um hiato mal ocultado pelo conectivo “e” nas primeiras declarações de direito das constituições americana e francesa. Um conectivo que, na verdade, ao mesmo tempo liga e separa homem e cidadão encobrendo uma diferença – mais que isso –, uma contradição real que tem suas bases em relações sociais de exploração e domínio. Para Marx, a superestrutura jurídico-política do Estado liberal, sobretudo na forma dos modernos estados nacionais, proveria a moldura institucional exigida pela correspondente configuração da sociedade civil burguesa.

Os direitos humanos formais seriam a expressão simbólica e jurídica do domínio econômico e da hegemonia política da burguesia, a tradução legal do princípio dominante da sociedade - o princípio dos egoísmos privados, dos conflitos de interesses entre pessoas singulares ou grupos organizados, a perseguição utilitária de vantagens econômicas particulares.

Desse modo, a sociedade civil burguesa seria o *locus* do homem natural, egoísta, ligado à esfera da necessidade e da sobrevivência, antítese do homem livre, do cidadão, que representaria o universal humano em contraposição ao particular. A organização da moderna sociedade civil corresponderia a essa oposição entre o homem e o cidadão.

O homem, enquanto membro da sociedade burguesa, é considerado como o *verdadeiro* homem, distinto do *citoyen*, por se tratar do homem em sua existência sensível e individual, *imediate*, ao passo que o homem *político* é apenas o homem abstrato, artificial, *alegórico*, *moral*. O homem real só é reconhecido sob a forma do indivíduo *egoísta*; e o homem *verdadeiro*, somente sob a forma do *citoyen abstrato*.⁹

Nesse sentido, a emancipação política, representada pelas declarações de direitos humanos seria a emancipação do *homem natural*, isto é, do indivíduo privado, da figura burguesa do sujeito equivocadamente considerado como “o homem” por antonomásia. O reconhecimento da livre personalidade, a instituição da pessoa como titular de direitos subjetivos inalienáveis – dentre os quais o principal é a capacidade de empenhar-se por contrato e a livre disposição sobre a mercadoria força de trabalho –, seriam a condição jurídica *sine qua non* para a criação da mais valia e para a valorização do capital.

Para Marx, a pretensão burguesa à emancipação encerra uma contradição que se expressa, em termos políticos, entre os direitos do homem (considerado em seu estado natural de indivíduo privado e egoísta) e de cidadão (agora considerado do ponto de vista de sua pertença a uma comunidade política baseada no reconhecimento de direitos civis). Contudo, a esfera do Estado não é mais do que a instância de organização jurídico-política, que assegura e perpetua a diferença e a dominação de classes, a exploração e os interesses econômicos da burguesia, detentora do poder político.

Nessas condições, os direitos do homem, contrapostos aos do cidadão, fariam parte do dispositivo jurídico que, ao mesmo tempo, legitima e acoberta as relações de dominação sob a capa da igualdade formal de todos perante a lei universal.

*Toda emancipação é a redução do mundo humano, das relações, ao próprio homem. A emancipação política é a redução do homem, de um lado, a membro da sociedade burguesa, a indivíduo egoísta independente e, de outro, a cidadão do Estado, a pessoa moral. Somente quando o homem individual real recupera em si o cidadão abstrato e se converte, como homem individual, em ser genérico, em seu trabalho individual e em suas relações individuais; somente quando o homem tenha reconhecido e organizado suas ‘forces propres’ como forças sociais e quando, portanto, já não separa de si a força social sob a forma de força política, somente então se processa a emancipação humana.*¹⁰

Invoco o testemunho de Marx para mostrar como, desde a aurora da positivação dos direitos humanos, instala-se uma dialética entre homem e cidadão, escamoteada tanto na declaração de direitos da constituição francesa de 1789,

9 Marx, K. *A Questão Judaica*. 2a. Ed. São Paulo: Editora Moraes, 1991, p. 50s.

10 Marx, K. *A Questão Judaica*. 2a. Ed. São Paulo: Editora Moraes, 1991, p. 51s.

quanto nos documentos proclamados por ocasião da guerra de independência das colônias britânicas dos Estados Unidos da América do Norte.

É a esse enraizamento histórico que uma releitura de *Antígona* não pode deixar de fazer remissão, tanto mais quanto projetos de reconstrução dos direitos humanos retomam a antiga perspectiva universalista a respeito de direitos inerentes à pessoa humana, enquanto tal, reproduzindo, ainda que de modo inconsciente, uma concepção jusnaturalista dos direitos humanos. Nesse sentido, um alerta como o de Marx conserva sua pertinência como arma de defesa e de combate para evitar a repetição da barbárie a que o século passado trouxe à luz.

Excursus: Hannah Arendt e os Direitos Humanos

O genial e precoce diagnóstico de Marx encontrou sua deplorável atestação já nas primeiras décadas do século XX, com a crise, desde então tornada permanente, do Estado-Nação, na qual o vínculo entre o homem e o cidadão foi completamente rompido sob pressão das conjunturas históricas, revelando a precariedade e abstração da noção de direitos do homem, independentemente da cidadania política.

Os fenômenos de multiplicação de minorias decorrentes dos tratados de paz que puseram fim à primeira guerra mundial – etnias diversas e desgarradas (sobretudo em razão da diáspora que se produziu com o esfacelamento das unidades políticas instituídas pelo czarismo russo e pelo império austro-húngaro), aleatoriamente agrupadas num mesmo território e compulsoriamente reunidas num único estado nacional – suscitaram a crise política de gestão da cidadania, que desde então afeta os estados nacionais.

Nas condições de que foram exemplo a antiga Iugoslávia, Tcheco-Eslováquia, a união entre servos e croatas, as etnias mais importantes e internacionalmente influentes acabaram por assumir as funções da soberania política, cabendo aos outros segmentos étnicos da população o *status* de minorias regidas por regimentos especiais, tutelados pela então existente Liga das Nações, antecessora da Organização das Nações Unidas. Tratava-se, portanto, de um fenômeno típico das sociedades européias do século XX, cuja importância, no entanto, ultrapassa suas fronteiras históricas.

Essas minorias permanentes tinham necessidade vital de alguma autoridade externa para assegurar seus direitos – os direitos do homem –, o que configurava a existência juridicamente problemática de pessoas não integradas nacionalmente em uma comunidade política e, portanto, em precária condição no que respeita à proteção legal e normativa – um fenômeno que exhibe dramaticamente a

incapacidade dos modernos Estados-Nação de proteger legalmente indivíduos de origem nacional diversa, numa flagrante demonstração do *hiato*, e não da sinonímia originalmente pretendida entre homem e cidadão.

A essas minorias, o século XX somou os apátridas - aqueles grupos humanos que não dispunham de *nenhum* estado nacional próprio, em razão da perda da cidadania original, decorrente de alguma revolução ou transtorno político: fenômeno de grandes proporções ocorrido na Europa nos anos que precederam a segunda guerra mundial, agravado pela massiva desnacionalização de judeus alemães, ciganos e armênios, pelas autoridades nazistas, num regime de exceção que, como exceção, durou mais de uma década. Esse fenômeno fez surgir o que Hannah Arendt denominou *displaced persons*.

Pessoas desnacionalizadas e permanentemente deslocadas demonstravam o paradoxo até então oculto na concepção de direitos humanos que remete à *Antígona* - direitos radicados na natureza do homem, dedutíveis por operação da simples razão, precedentes e alheios à institucionalização política. Esses direitos, tal como os concebiam os *jusnaturalistas* clássicos, como Hobbes, Rousseau, Grotius e Locke, entre outros, estavam antropocentricamente ancorados na natureza do homem, podendo ser embasados em argumentos cogentes, universalmente válidos e irrecusáveis para qualquer ser de razão.

Ora, no século XX, em decorrência da configuração da sociedade burguesa como uma sociedade de massas, emergente da revolução industrial, esses direitos passam a evidenciar seu inegável condicionamento histórico, assim como sua condição volátil, mostrando-se inexecutáveis precisamente em relação a seres humanos despossuídos de todos os atributos e qualidades diversos da mera e nua pertença ao gênero humano. Desprovidos de um estatuto político definido e, portanto, desprovidos da proteção das comunidades jurídico-políticas nacionais, estavam também concretamente privados dos presumíveis direitos humanos universais. A esse respeito, ponderava já então Hannah Arendt com incomparável lucidez e discernimento:

Os direitos do Homem, supostamente inalienáveis, mostraram-se inexecutáveis – mesmo nos países cujas constituições se baseavam neles – sempre que surgiam pessoas que não eram cidadãos de algum Estado soberano. A esse fato, por si já suficientemente desconcertante, deve acrescentar-se a confusão criada pelas numerosas tentativas de moldar o conceito de direitos humanos no sentido de defini-los com alguma convicção, em contraste com os direitos do cidadão, claramente delineados.¹¹

11 Arendt, H. *O Declínio do Estado Nação e o Fim dos Direitos do Homem*. In: *Origens do Totalitarismo – Anti-Semitismo, Imperialismo e Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 327.

Esses indivíduos que não pertencem a nenhuma comunidade política, nem possuem um lugar no mundo no qual possam fincar raízes, tornam manifesta a histórica condição deficitária dos ‘direitos humanos’ em termos de conteúdo. Os direitos individuais e coletivos, mencionados por todas as declarações de direitos humanos, presumem um direito fundamental, ao qual estão ligados: a cidadania, cuja primazia emergiu enfim sob a forma negativa da perda de uma comunidade política pelos refugiados e apátridas.

Não importa como tenham sido definidos no passado (direito à vida, à liberdade e à procura da felicidade, de acordo com a fórmula americana; a igualdade perante a lei, a liberdade, a proteção da propriedade e a soberania nacional, segundo os franceses); não importa como se procure aperfeiçoar uma fórmula tão ambígua como a busca da felicidade, ou uma fórmula antiquada como o direito indiscutível à propriedade; a verdadeira situação daqueles a quem o século XX jogou fora do âmbito da lei mostra que esses são direitos cuja perda não leva à absoluta privação de direitos... A calamidade dos que não têm direitos não decorre do fato de terem sido privados da vida, da liberdade ou da procura da felicidade, nem da igualdade perante a lei ou da liberdade de opinião – fórmulas que se destinavam a resolver problemas dentro de certas comunidades –, mas do fato de já não pertencerem a qualquer comunidade.¹²

Para Hannah Arendt, a garantia da eficácia dos direitos humanos supõem e exigem a cidadania de que se pretendem desligados. A concepção jusnaturalista dos direitos humanos, na medida em que reconhecia o fundamento de tais direitos unicamente na mera natureza do homem, ancorando-os no indivíduo independentemente de sua interação política, pressupunha uma representação da vida social como exterior à determinação desses direitos, de modo que a finalidade da *cives* se traduzia na conservação de direitos naturais, cujo fundamento seria a *humanitas*.

Para Arendt, ao contrário, direitos humanos pressupõem a cidadania política como um fato fundamental, como condição de sua efetivação no plano prático. Pode-se dizer que, para Arendt, a cidadania política seria o pressuposto de efetividade dos direitos humanos.

Algo mais fundamental do que a liberdade e a justiça, que são os direitos do cidadão, está em jogo quando deixa de ser natural que um homem pertença a uma comunidade em que nasceu, e quando o não pertencer a ela não é um ato da sua livre escolha, ou quando está numa situação em que, a não ser que cometa um crime, receberá um tratamento independente do que ele faça ou deixe de fazer. Esse extremo, e nada mais, é a situação dos que são privados de seus direitos humanos. São privados não de seu

12 Arendt, H. *O Declínio do Estado Nação e o Fim dos Direitos do Homem*. In: *Origens do Totalitarismo – Anti-Semitismo, Imperialismo e Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 327.

direito à liberdade, mas do direito à ação; não do direito de pensarem o que quiserem, mas do direito de opinarem. Privilégios (em alguns casos), injustiças (na maioria das vezes) bênçãos ou ruínas lhes serão dados ao sabor do acaso e sem qualquer relação com o que fazem, fizeram ou venham a fazer.¹³

Percebemos como em Marx e Arendt ocorre uma distância crítica em relação à concepção jusnaturalista de direitos humanos. Para os fins que nos reúnem nessa ocasião, gostaria de ampliar ainda mais esse hiato, evocando uma crítica que coloca em questão não mais o déficit entre os direitos humanos e sua realização, mas – muito mais radicalmente – a própria função histórica dos direitos humanos, numa modernidade onde o direito e política têm a vida como campo de incidência – bio-direito e bio-política, portanto.

Foucault, Agamben: para uma crítica bio-política dos direitos humanos

Uma retomada da crítica à concepção jusnaturalista dos direitos humanos é empreendida na filosofia do direito contemporânea, em sua versão talvez mais radical, pelo jusfilósofo italiano Giorgio Agamben. É possível que, no confronto com ela, a consciência jurídica se depare hoje com seu mais temível desafio.

Para Agamben, se é historicamente verdadeiro que: “o princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação; que nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer uma autoridade que não emane expressamente da Nação” -, então pode-se inferir daí um vínculo entre o conceito de Nação e o princípio de soberania legítima da autoridade política, numa transição que se estabelece pela mediação do nascimento/nacionalidade. Ora, de acordo com esse dispositivo, as declarações de direitos formulam o elenco dos princípios constitucionais que regem as relações entre cidadãos e soberanos, sob a égide dos modernos estados liberais, no mesmo passo em que isolando o *nascimento* como elemento definidor da nacionalidade/Nação, inserem a vida como elemento político fundamental no interior da nova ordem estatal que sucedeu a derrocada do *ancien régime*.

Que, através dela, o ‘súdito’ se transforme em ‘cidadão’, significa que o nascimento – isto é, a vida nua natural como tal – torna-se aqui pela primeira vez (com uma transformação cujas consequências biopolíticas somente hoje podemos começar a mensurar) o portador imediato da soberania. O princípio da natividade e o princípio

13 Arendt, H. *O Declínio do Estado Nação e o Fim dos Direitos do Homem*. In: *Origens do Totalitarismo – Anti-Semitismo, Imperialismo e Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 330

da soberania, separados no antigo regime (onde o nascimento dava direito somente ao *sujet*, ao súdito), unem-se agora irrevogavelmente no corpo do Estado-nação. Não é possível compreender o desenvolvimento e a vocação ‘nacional’ e biopolítica do Estado moderno nos séculos XIX e XX, se esquecemos que em seu fundamento não está o homem como sujeito político livre e consciente, mas, antes de tudo, a sua vida nua, o simples nascimento que, na passagem do súdito ao cidadão, é investido como tal pelo princípio da soberania. A ficção aqui implícita é a de que o *nascimento* torne-se imediatamente *nação*, de modo que entre os dois termos não possa haver resíduo algum. Os direitos são atribuídos ao homem (ou brotam dele) somente na medida em que ele é o fundamento imediatamente dissipante (e que, aliás, não deve nunca vir à luz como tal), do cidadão.¹⁴

Para Agamben, as declarações de direitos podem e devem ser entendidas tanto como mecanismo de asseguramento dos direitos individuais e liberdades públicas como também um instrumento de re-significação e investimento jurídico político da vida no arcabouço institucional do Estado-nação.

Aquela vida nua natural que, no antigo regime, era politicamente indiferente e pertencia, como fruto da criação, a Deus, e no mundo clássico era (ao menos em aparência) claramente distinta como *zoé* da vida política (*bios*) entra agora em primeiro plano na estrutura do Estado e torna-se aliás o fundamento terreno de sua legitimidade soberana.¹⁵

Desse modo, as modernas declarações dos direitos devem então ser vistas como o local em que se efetua uma passagem da forma clássica da soberania régia, de origem divina, à nova figura histórica da soberania correspondente à figura dos modernos estados democráticos de direito. As declarações de direitos

asseguram a *exceptio* da vida na nova ordem estatal que deverá suceder à derrocada do *ancien régime*. Que, através dela, o ‘súdito’ se transforme, como foi observado, em ‘cidadão’, significa que o nascimento – isto é, a vida nua natural como tal – torna-se aqui pela primeira vez (com uma transformação cujas consequências biopolíticas somente hoje podemos começar a mensurar) o portador imediato da soberania.¹⁶

Se a constituição da esfera política da decisão soberana (consistente, como é sabido, no direito de vida e morte, direito de fazer morrer ou deixar viver) é o fato jurídico primordial, e se a exceção é a “estrutura originária na qual o direito

14 Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 135.

15 Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 134.

16 Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 135.

se refere à vida e a inclui em si através de sua própria suspensão”,¹⁷ então a interpretação dominante do contrato social - como fundamento racional de legitimidade do poder político - perde muito de sua força de convencimento. Para Agamben,

... teria chegado o momento de reler desde o princípio todo o mito de fundação da cidade moderna, de Hobbes a Rousseau... O relacionamento jurídico-político originário é o *bando*... que mantém unidos justamente a vida nua e o poder soberano. É preciso dispensar sem reservas todas as representações do ato político originário como um contrato ou uma convenção, que assinalaria de modo pontual e definido a passagem da natureza ao Estado. Existe aqui, ao invés, uma bem mais complexa zona de indiscernibilidade entre *nómos* e *physis*, na qual o liame estatal, tendo a forma do *bando*, é também desde sempre não estabilidade e pseudo natureza, e a natureza apresenta-se desde sempre como *nómos* e estado de exceção. Este mal entendido do mitologema hobbesiano em termos de *contrato* em vez de *bando* condenou a democracia à impotência toda vez que se tratava de enfrentar o problema do poder soberano e, ao mesmo tempo, tornou-a constitutivamente incapaz de pensar verdadeiramente, na modernidade, uma política não estatal.¹⁸

Bando é a tradução portuguesa do termo alemão *Bann*, que significa o poder de governo, a soberania, o direito de estatuir comandos e proibições, de impor e executar penas; também o direito de *banir*. Como conceito, mantém íntima relação com o instituto da *Friedlosigkeit* do antigo direito germânico e a correspondente figura do *Friedlos*, que designam a condição daquele que, banido e proscrito, está excluído da esfera de proteção do ordenamento jurídico da comunidade de origem, e, portanto, impossibilitado de gozar do privilégio da *paz* assegurada por esse ordenamento. Nesse sentido, o *Friedlos* é o *sem paz*, o exposto às forças da natureza e à violência arbitrária de quem quer que seja.

Trata-se da figura do *excluído*, do pária cuja morte não constitui homicídio, ao qual o ordenamento que o penaliza se impõe sob a forma da suspensão de seus efeitos e da prerrogativa de sua invocação. É de se notar a homologia estrutural entre *bando* (*Bann*) *exceção* (*exceptio*, *ex capere*, “capturar fora”), paradoxo sobre o qual se constrói grande parte da argumentação de Agamben.

Tanto a *exceptio* quanto o *bando* nutrem-se da paradoxia: Como *ex capere*, a exceção significa capturar fora, exclusão includente, tal como o banimento. Se, de fato, o que define a soberania é a prerrogativa (normativa) de decidir sobre a suspensão do ordenamento jurídico-estatal, então o soberano

17 Agamben, G. Op. cit. p. 35.

18 Agamben, G. Op. cit. p. 115s.

é aquele a quem a lei se aplica, desaplicando-se, aquele que, por força de uma prerrogativa constitucional, pode decretar a suspensão total ou parcial da constituição, e dos direitos e garantias nela consolidados.

É a mesma relação de inclusão excludente, que caracteriza o *abandono* – esta seria, para Agamben, a estrutura lógica originária de toda relação jurídico-política centrada na soberania:

A relação de abandono é, de fato, tão ambígua, que nada é mais difícil do que desligar-se dela. O *bando* é essencialmente o poder de remeter algo a si mesmo, ou seja, o poder de manter-se em relação com um irrelato pressuposto. O que foi posto em *bando* é remetido à própria separação e, juntamente, entregue à mercê de quem o abandona, ao mesmo tempo excluído e incluso, dispensado e, simultaneamente, capturado.¹⁹

O bando é, portanto, fundamentalmente, uma *exceptio*, e, como tal, insígnia da soberania. Sendo assim, seria preciso, então, deixar de considerar as modernas declarações de direitos fundamentais como proclamações de valores eternos meta-jurídicos, para poder também dar conta de sua função histórica real no surgimento dos modernos estados configurados como soberanias nacionais.

No debate atual sobre direitos fundamentais, faz-se antes de tudo necessário tomar consciência da função histórico-política do trinômio: nação/nacionalidade, soberania e poder jurídico sobre a vida. Quero dizer que, ao lado da função emancipatória das declarações de direitos fundamentais, seria também indispensável perceber que elas integram o dispositivo de *abandono* da vida nua à violência dos mecanismos de poder. Ora, é nesse sentido que a arqueologia das sociedades européias modernas, configuradas como sociedades bio-políticas ao longo do século XVIII e depois, fornece um instrumental teórico indispensável para as análises de Agamben.

Particularmente porque a arqueo-genealogia foucaultiana das tecnologias de poder disciplinar e regulamentar-previdenciário dão conta da inclusão da vida nos cálculos e estratégias do moderno poder soberano, de sua gestão e aproveitamento econômico nos quadros da racionalidade instrumental capitalista, própria de uma sociedade de massa, que emerge da revolução industrial – seja como técnicas de produção disciplinar de corpos (individuais) dóceis e úteis, seja como regulação previdenciária e controle global dos

19 Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 116.

processos vitais das populações (técnicas de regulação do corpo biológico genérico da população).

Como bio-poder, o Estado moderno inclui a vida biológica – tanto ao nível individual dos corpos adestrados pelas disciplinas, como no registro genérico das populações, cujos ciclos vitais de saúde e morbidez, natalidade e mortalidade, reprodução, produtividade e improdutividade, devem ser calculados em termos de previdência e assistência social. É desse modo que, com a bio-política, a antiga soberania régia (que se encarnava no poder do monarca de fazer morrer e deixar viver) se converte num poder de *fazer viver e deixar morrer*. Mas nem por isso aquela violência congênita ao efetivo exercício do direito de vida e de morte se encontra derogada pela bio-política e pela racionalidade do estado contemporâneo.

Ao contrário, para Foucault, ela continua ativa e operante em diferentes e insólitas re-significações, como, por exemplo, no racismo político – a que Foucault dedica um dos seus cursos no Collège de France entre 1975 e 1976:

Vocês compreendem, em consequência, a importância – eu ia dizer a importância vital – do racismo no exercício de um poder assim: é a condição para que se possa exercer o direito de matar. Se o poder de normalização quer exercer o velho direito soberano de matar, ele tem de passar pelo racismo. E se, inversamente, um poder de soberania, ou seja, um poder que tem direito de vida e de morte, quer funcionar com os instrumentos, com os mecanismos, com a tecnologia de normalização, ele também tem de passar pelo racismo. É claro, por tirar a vida não entendo simplesmente o assassinato direto, mas também tudo o que pode ser assassinio indireto: o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc.²⁰

O que gostaria de empreender, no horizonte dessa crítica radical da teoria dos direitos humanos, é uma aproximação - que não me parece desautorizada pelo texto do próprio Agamben -, entre vida nua e vida sacra. E minha aproximação se deve tanto à ausência de uma definição explícita (e de um uso conceitualmente diferenciado) desse termo no *Homo Sacer*, como também na recusa, por parte de Agamben, de explicitar os termos e os traços distintos de uma forma política inteiramente emancipada do princípio jurídico da soberania. A meu ver, é a sacralidade – comum ao *homo sacer* e ao caráter sagrado dos direitos humanos fundamentais - que institui uma insidiosa cumplicidade entre a vida nua e o poder (bio-político) do direito. Aqui Agamben recorre novamente à Benjamin, para quem em “toda tentativa

20 Foucault, M. *Em Defesa da Sociedade. Curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 306.

de colocar em questionamento o domínio do direito sobre o vivente não é de nenhuma utilidade o princípio do caráter sagrado da vida, que nosso tempo refere à vida humana e, até mesmo, à vida animal em geral.”²¹

Por sugestão do próprio Benjamin, a fundada suspeita sobre a sacralidade da vida, como vida nua, como pura vida biológica, leva ao questionamento do que, de acordo com os modernos ordenamentos jurídicos, implica a sacralização da vida, sua intocabilidade, em termos dos direitos e garantias fundamentais, tal como positivado nas constituições modernas. Nesse sentido, é mais do que instrutiva a consulta ao *Vocabulário das Instituições Indo-Européias*, de Emile Benveniste:

O termo latino *sacer* encerra a representação para nós mais precisa e específica do ‘sagrado’. É em latim que melhor se manifesta a divisão entre o profano e o sagrado; é também em latim que se descobre o caráter ambíguo do ‘sagrado’: consagrado aos deuses e carregado de uma mácula indelével, augusto e maldito, digno de veneração e despertando horror. Esse duplo valor é próprio de *sacer*; ele contribui para a diferenciação entre *sacer* e *sanctus*, pois não afeta de maneira alguma o adjetivo aparentado *sanctus*.

Além disso, é a relação estabelecida entre *sacer* e *sacrificare* que melhor nos permite compreender o mecanismo do sagrado e a relação com o sacrifício. O termo ‘sacrifício’, familiar a nós, associa uma concepção e uma operação que parecem nada ter em comum. Por que ‘sacrificar’ quer de fato dizer ‘pôr à morte’, se significa propriamente ‘tornar-se sagrado’?²²

Seria ilustrativo contrapor a isso a instrutiva definição de Festo, segundo a qual o *homo sacer* é o portador de uma mácula que o coloca fora do direito divino e do direito humano, ele é insacrificável e sua morte não constitui homicídio:

Homem sacro é, portanto, aquele que o povo julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio; na verdade, na primeira lei tribúncia se adverte que ‘se alguém matar aquele que por plebiscito é sacro, não será considerado homicida’. Disso advém que um homem malvado ou impuro costuma ser chamado sacro.”²³

A instituição da *sacratio*, como princípio, de um caráter sagrado da vida, todavia, seria de datação recente, embora se nos tenha tornado tão familiar

21 Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 73s.

22 Benveniste, E. *Vocabulário das Instituições Indo-Européias*. II. Trad. Denise Bottmann e Eleonora Bottmann. Campinas: Ed. Unicamp, 1995, p. 189.

23 Essa a definição de Festo, no tratado sobre *O Significado das Palavras*. Apud: Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 196.

que nos faz esquecer do vínculo essencial entre sacralidade e sacrifício, entre o *sacer* e o *impunemente matável* – estranha figura jurídico-política do arcaico direito romano, a insinuar que a vida sacra é também aquela capturada sob o *bando/proscrição* soberana, portanto matável sem que sua eliminação constitua um homicídio, no sentido jurídico do termo.

E, com base nessa evocação, procuro conectar os elementos que foram examinados até agora com a discussão atual a respeito dos direitos humanos – precisamente nos termos propostos por Giorgio Agamben. Pois é corrente o entendimento dos mesmos como direitos ‘sagrados e inalienáveis’ do homem, o que lhes confere o *status* de princípios asseguradores dos valores cardinais positivados nas declarações de direitos das constituições dos estados modernos.

Evidentemente, não se trata, de modo algum, de questionar a importância fundamental das declarações de direitos como garantia das liberdades públicas; sua função histórica de emancipação e resistência ao arbítrio e à tirania, seu papel decisivo na história do constitucionalismo moderno não pode deixar de ser reconhecido, salvo por uma deficiência de lucidez analítica. Minha intenção consiste apenas em indicar o caráter bifronte que também quanto a eles se pode reconhecer, como em todo e qualquer acontecimento de efetiva relevância histórica e política.

Tudo se passa, portanto, como se, “a partir de um certo ponto, todo evento político decisivo tivesse sempre uma dupla face: os espaços, as liberdades e os direitos que os indivíduos adquirem no seu conflito com os poderes centrais simultaneamente preparam, a cada vez, uma tácita porém crescente inscrição de suas vidas na ordem estatal, oferecendo assim uma nova e mais temível instância ao poder soberano, do qual desejariam liberar-se.”²⁴

Uma vez mais a intervenção de Foucault é pertinente nesse contexto. Não se trata de contrapor, de modo ingênuo, o direito de soberania contra o bio-direito das disciplinas e da regulamentação previdenciária. Trata-se antes de superar essa oposição pelo reconhecimento da função bio-política do próprio direito de soberania (formal, liberal e burguês):

Que fazem o sindicato da magistratura ou outras instituições como esta? Que se faz senão precisamente invocar esse direito, esse famoso direito formal e burguês, que na realidade é o direito de soberania? E eu creio que nos encontramos aqui numa espécie de ponto de estrangulamento, que não podemos continuar a fazer que funcione

24 Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 127.

indefinidamente dessa maneira: não é recorrendo à soberania contra a disciplina que poderemos limitar os próprios efeitos do poder disciplinar.²⁵

O que pretendo sugerir com mais essa lembrança é que, para uma crítica atual dos direitos humanos, seria indispensável levar em conta a figura mais dramática e vulnerável assumida hoje pelo *homo sacer*: o refugiado, no qual reconhecemos o *bandido* de nossos tempos. Para Agamben, é antes de tudo necessário

desembaraçar resolutamente o conceito de refugiado (e a figura da vida que ele representa) daquele dos direitos do homem, e levar a sério a tese de Arendt, que ligava os destinos dos direitos àqueles do Estado-Nação moderno, de modo que o declínio e a crise deste implicam necessariamente o tornar-se obsoletos daqueles. O refugiado deve ser considerado por aquilo que é, ou seja, nada menos que um conceito limite que põe em crise radical as categorias fundamentais do Estado-Nação, do nexo nascimento-nação àquele homem-cidadão, e permite assim desobstruir o campo para uma renovação categorial atualmente inadiável, em vista de uma política em que a vida nua não seja mais separada e excepcionada no ordenamento estatal, nem mesmo através da figura dos direitos humanos.²⁶

Num contexto histórico em que se identificariam direito e vida, regra e exceção, sem qualquer possibilidade de distinguir um elemento mínimo (como a decisão soberana de Carl Schmitt) que ainda pudesse servir de princípio residual de diferenciação - a aspiração foucaultiana por um “novo direito” encerra relevância e atualidade:

Para dizer a verdade, para lutar contra as disciplinas, ou melhor, contra o poder disciplinar, na busca de um poder não disciplinar, não é na direção do antigo direito da soberania que se deveria ir; seria antes na direção de um direito novo, que seria antidisciplinar, mas que estaria ao mesmo tempo liberto do princípio da soberania.²⁷

Justamente essa constitui a preocupação medular de Agamben, em *O Poder Soberano e a Vida Nua I*, assim como em *Estado de Exceção*: sua crítica radical da doutrina dos direitos humanos tem em vista liberar a política do paradigma do bio-poder, separá-la de sua vinculação sempiterna com o Estado e com o Direito. Essa preocupação se desdobra num exame minucioso sobre o laço entre soberania e vida nua, sobre a lógica paradoxal do *abandono* da vida ao poder soberano, que pretende dissolver o vínculo mítico e ancestral entre

25 Foucault, M. *Em Defesa da Sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, p. 47.

26 Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 140s.

27 Foucault, M. *Em Defesa da Sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, p.47.

Direito e violência. Por essa razão, um ensaio de Walter Benjamin: *Crítica da Violência – Crítica do Poder* assume magna importância no interior da reflexão crítica de Agamben.

Tomocomo primeiro elemento de aproximação uma passagem de Benjamin que mostra, sem qualquer reserva, que a institucionalização da violência como princípio da instituição do direito representa também, ao mesmo tempo, a inclusão da vida (indefesa) na esfera sangrenta do poder soberano.

O poder (*Macht*) é o princípio de toda institucionalização mítica do direito. Este princípio tem uma aplicação de consequências muito sérias no direito constitucional. Pois na sua área, o estabelecimento de limites, antecipado pela ‘paz’ de todas as guerras na era mítica, é o arquifênômeno do poder instituinte do direito. Há ainda um outro aspecto, sob o qual o estabelecimento de limites é importante para o conhecimento do direito. Limites estabelecidos e reconhecidos são, ao menos em tempos arcaicos, leis não escritas. O homem pode transgredi-los sem saber e assim fica sujeito à penitência. A intervenção do direito, motivada pela transgressão da lei não escrita e desconhecida, chama-se ‘penitência’, para distingui-la da ‘punição’.²⁸

Esses limites, ou o estabelecimento de fronteiras reconhecidas como território instituído e mantido pelo monopólio jurídico da força é também a zona de inclusão da vida sacra como a “contra-face” da decisão soberana fazer viver ou deixar morrer. De modo que a sacralização da vida é o correspondente moderno da violência mítica arcaica – poder sangrento sobre a vida (nua).

“Haver exposto, sem reservas, o nexo irredutível que une violência e direito faz da *Crítica* benjaminiana a premissa necessária, e ainda hoje insuperada, de todo estudo sobre a soberania. Na análise de Benjamin, esse nexos mostra como uma oscilação dialética entre violência que põe o direito e violência que o conserva. Daí a necessidade de uma terceira figura, que rompa a dialética circular entre essas duas formas de violência.”²⁹

A singularidade da *Crítica* de Benjamin e seu valor único para a reflexão de Agamben justificam-se à luz do que o filósofo italiano entende como a necessidade de uma terceira figura, que rompa a dialética circular entre essas duas formas de violência jurídica (instituinte e instituída/executória).

Justamente porque, nesse ensaio, Benjamin distingue um tipo especial de violência – a violência divina –, que não institui (põe, *setzt*) nem conserva

28 Benjamin, W. *Crítica da Violência – Crítica do Poder*. In: *Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie*. Trad. Willi Bolle. São Paulo: Cultrix-Edusp, 1986, p. 172.

29 Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 71.

o direito, senão que o depõe (*entsetzt*), dissolvendo de vez o vínculo entre direito e violência. No ensaio a respeito da crítica da violência e do poder, o objetivo de Benjamin seria, de acordo com a interpretação de Agamben,

garantir a possibilidade de uma violência (o termo alemão *Gewalt* significa também simplesmente ‘poder’) absolutamente ‘fora’ (*ausserhalb*) e ‘além’ (*jenseits*) do direito e que, como tal, poderia quebrar a dialética entre violência que funda o direito e violência que o conserva (*rechtsetzende und rechtserhaltende Gewalt*). Benjamin chama essa outra figura da violência de ‘pura’ (*reine Gewalt*) ou de ‘divina’ e, na esfera humana, de ‘revolucionária’. O que o direito não pode tolerar de modo algum, o que sente como uma ameaça contra a qual é impossível transigir, é a exigência de uma violência fora do direito; não porque os fins de tal violência sejam incompatíveis com o direito, mas ‘pelo simples fato de sua existência fora do direito’.³⁰

Os efeitos dessa crítica - que se esforça por provar a efetividade de uma “violência pura” - são intoleráveis para todo jusfilósofo que, como Hans Kelsen ou Carl Schmitt, dedicam sua obra à re-inserção da violência no *nómos*; seja, como Kelsen, identificando monopólio da força e ordenamento jurídico (identificação entre Estado e ordenamento jurídico), seja como Schmitt, para quem a exceção – o decisionismo soberano – é uma modalidade de *aplicação* do ordenamento jurídico precisamente por meio de sua suspensão - situação excepcional em que a lei se aplica, ao suspender-se, num estado de pura vigência: nele, o ordenamento prescreve, na hipótese de um caso insusceptível de prévia tipificação legal, a hipótese de sua própria suspensão. É nesses termos que, para Carl Schmitt, soberano é aquele a quem o ordenamento concede a faculdade de suspender a vigência (e, portanto, aplicar, por suspensão) (d) o próprio ordenamento.

Essa relação essencial entre Direito, Estado e violência instrumentalizada inclui um elemento decisivo para a compreensão das posições de Giorgio Agamben sobre direitos humanos, e que também está relacionado à problemática tematizada por Walter Benjamin, em sua crítica da violência/poder (*Kritik der Gewalt*): dialética que se desenvolve entre, por um lado, o poder ou violência que institui originariamente o direito, como constituição jurídica da sociedade política (e, nesse sentido, idêntica ao poder soberano), e, por outro lado, os poderes constituídos por essa mesma constituição, aos quais se reserva o monopólio estatal da violência, que conserva e aplica o direito.

Trata-se de um *topos* obrigatório para muitos teóricos do direito europeus nas primeiras décadas do século passado, e, na época, particularmente

30 Agamben, G. *Estado de Exceção. Homo Sacer II*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 84s.

influenciada pela contraposição entre o normativismo jurídico de Hans Kelsen e o decisionismo de Carl Schmitt. Agamben e vários outros insistiram muito no relacionamento problemático entre Benjamin e Schmitt, porém passou despercebida a possível interferência da *teoria pura do direito* de Kelsen nesse debate³¹.

Indício a ser levado em conta, em primeiro lugar, pela própria terminologia: Kelsen se esforça, filiando-se a uma linhagem neo-kantiana, por fundar uma ciência jurídica sobre uma lógica do dever-ser e uma teoria *pura* do direito, depurada de qualquer contaminação ideológica (política, moral ou religiosa). Benjamin, por sua vez, esforça-se para defender um uso *puro, não instrumental* da violência – isto é, totalmente desvinculado da razão instrumental que, para Kelsen, identifica direito e ordenamento jurídico, baseado no monopólio legítimo da força como meio para a consecução dos fins socialmente almejados, numa relação em que o direito aparece como tecnologia política de disposição de meios com vistas a fins:

Entre os paradoxos da técnica social aqui caracterizada como ordem coercitiva encontra-se o fato de o seu instrumento específico, o ato coercitivo de sanção, ser exatamente do mesmo tipo que o ato que ele busca prevenir nas relações dos indivíduos, o delito; o fato de que a sanção contra uma conduta socialmente danosa é, ela própria, uma conduta similar. Pois o que deve ser obtido através da ameaça de perda de vida, saúde, liberdade ou propriedade é precisamente que os homens, em suas relações mútuas, se abstenham de privar um ao outro de vida, saúde, liberdade ou propriedade. A força é empregada para prevenir o emprego da força na sociedade. Aparentemente trata-se de uma antinomia; e o esforço para evitar essa antinomia leva à doutrina do anarquismo absoluto, que proscree a força como sanção. O anarquismo tende a estabelecer a ordem social baseada unicamente na obediência voluntária dos indivíduos. Ele rejeita a técnica de uma ordem coercitiva e, portanto, rejeita o Direito como forma de organização.

A antinomia, no entanto, é apenas aparente. O Direito, com certeza, é uma ordenação que tem como fim a promoção da paz, na medida em que proíbe o uso da força nas relações entre os membros da comunidade. Contudo, ele não exclui absolutamente o uso da força. O Direito e a força não devem ser compreendidos como absolutamente antagônicos. O Direito é uma organização da força... Por conseguinte, pode-se dizer que o Direito faz do uso da força um monopólio da comunidade. E, precisamente por fazê-lo, o Direito pacifica a comunidade.³²

31 Cabe observar que *Die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* – talvez a primeira exposição do que seria uma teoria pura do direito, de Hans Kelsen, foi publicada em 1911, e polarizou o debate entre Schmitt e Kelsen durante as décadas posteriores a respeito do estado de direito. Como as relações entre Benjamin e Schmitt estão longe de ter sido suficientemente exauridas, talvez a referência a Kelsen não seja despropositada, conquanto surpreendente.

32 Kelsen, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 29s.

Temos aqui, como se pode constatar, uma versão “juspositivista” da dialética circular entre poder constituinte (em sua quase indiscernibilidade com o poder soberano) e poder constituído, cuja dissolução constitui para Agamben uma tarefa tão essencial e difícil, que exige a transição da filosofia prática (jus-política, em especial), para o plano da ontologia.

Somente uma conjugação inteiramente nova de possibilidade e realidade, de contingência e necessidade e dos outros *páthe tou óntos*, poderá, de fato, permitir que se fenda o nó que une soberania e poder constituinte: e somente se conseguirmos pensar de modo diverso a relação entre potência e ato, e, aliás, além dela, será possível conceber um poder constituinte inteiramente livre do *bando* soberano. Até que uma nova e coerente ontologia da potência (mais além dos passos que nesta direção moveram Spinoza, Schelling, Nietzsche e Heidegger) não tenha substituído a ontologia fundada sobre a primazia do ato e sobre sua relação com a potência, uma teoria política subtraída às aporias das soberanias permanece impensável.³³

É para auxiliar na resolução dessa tarefa que Agamben mobiliza a tese benjaminiana de uma violência *pura* – isto é, não instrumentalizada, não instituidora nem mantenedora do direito. Violência que não é meio para um fim, mas *pura manifestação* e, como tal, pode promover o ultrapassamento do círculo perverso que liga as duas formas de violência estatal: instituinte e mantenedora:

Um olhar dirigido apenas para as coisas mais próximas perceberá, quando muito, um movimento dialético de altos e baixos nas configurações do poder enquanto instituinte e mantenedor do direito. A lei dessas oscilações consiste em que todo poder mantenedor do direito, no decorrer do tempo, acaba enfraquecendo indiretamente o poder instituinte do direito representado por ele, através da opressão dos antigos inimigos... Isso dura até que novos poderes ou os anteriormente oprimidos vençam o poder até então instituinte do direito, estabelecendo assim um novo direito sujeito a uma nova decadência.³⁴

No entanto, pensar com tal radicalidade o princípio dessa potência – não apenas em ruptura com a primazia tradicionalmente concedida ao ato como *realização e efetivação* da potência (o que redundaria na supressão desta última, *enquanto potência*) –, mas também pensar *para além da relação* entre ato e potência, é “justamente o que muitos hoje não estão dispostos a fazer por preço algum.”³⁵ E, no entanto, somente assim se poderia pensar uma potência

33 Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 51s.

34 Benjamin, W. *Crítica da Violência – Crítica do Poder*. In: *Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie*. Trad. Willi Bolle. São Paulo: Cultrix-Edusp, 1986, p. 174s.

35 Cf. Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 55

inteiramente emancipada do princípio da soberania e, portanto, do Estado e do Direito, nos moldes do que Benjamin permite entrever como a violência divina ou revolucionária, *deponente* e não instituidora do Direito.

Todavia, Benjamin não *define* essa violência divina, mas num limiar em que apenas se anuncia essa definição, seu ensaio transita para uma figura que é suporte e portadora do nexo entre direito e violência, cuja importância decisiva não teria recebido até hoje. Justamente esta é a figura nevrálgica do pensamento de Agamben: “vida nua” (*das blasse Leben*). É nela, segundo Agamben, que se apoia o vínculo essencial entre a vida e a violência jurídica.

Não somente o domínio do direito sobre o vivente é co-extensivo à vida nua e cessa com esta, mas também a dissolução da violência jurídica, que é em um certo sentido o objetivo do ensaio, ‘remonta à culpabilidade da vida nua natural, a qual entrega o vivente, inocente e infeliz, à pena, que expia (*sühnt*) a sua culpa e purifica (*entsühnt*) também o culpado, não porém de uma culpa, e sim do direito’.³⁶

Fica claro, porém, que essa *violência pura* não pode ser enquadrada jamais no esquema jurídico-político da violência que institui ou aplica/assegura o direito. Para Benjamin, a dialética entre essas duas formas de violência é identificada com a violência mítica, que se manifesta como *violência jurídica*:

Longe de abrir uma perspectiva mais pura, a manifestação do poder imediato mostra-se profundamente idêntica a todo poder jurídico, fazendo com que a suspeita de sua problemática se transforme em certeza do caráter nefasto de sua função histórica, levando assim à proposta de seu aniquilamento. Tal tarefa suscita, em última instância, mais uma vez, a questão de um poder puro, imediato, que possa impedir a marcha do poder mítico.³⁷

Em seu diagnóstico da crise permanente da modernidade bio-política, a análise por Agamben dos princípios que fornecem os operadores jurídicos indispensáveis para o bom funcionamento do poder detecta uma disfunção estrutural no sistema que viabilizou a emergência e o funcionamento do modelo dos modernos estados nacionais. Trata-se, segundo esse diagnóstico, de um desarranjo irreparável por meio de reformas tópicas, ou mesmo de qualquer medida que não seja radicalmente subversiva, no sentido de total abolição da própria estrutura (bio) política da soberania moderna, como imperativo

36 Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 73

37 Benjamin, W. *Crítica da Violência – Crítica do Poder*. In: *Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie*. Trad. Willi Bolle. São Paulo: Cultrix-Edusp, 1986, p. 172s.

ou exigência histórica. Nesse sentido, a tendência atual à internacionalização dos direitos humanos, sob a forma do direito internacional público – tal como propugnada no Brasil por juristas como, por exemplo, Celso Lafer –, pouco altera no cenário do efetivo asseguramento dos direitos do homem.

Para Agamben, continua valendo, a despeito de todos os esforços de internacionalização, o penetrante *insight* de Hannah Arendt, elaborado ao final da segunda guerra mundial:

A concepção dos direitos do homem, baseada na suposta existência de um ser humano como tal, caiu em ruínas tão logo aqueles que a professavam encontram-se pela primeira vez diante de homens que haviam perdido toda e qualquer qualidade e relação específica – exceto o puro fato de serem humanos.³⁸

É nesse sentido que proponho seja compreendido o sintagma *estado de exceção*. A crise estrutural do modelo jurídico-político exhibe o modo de funcionamento implacável da lógica do *bando*, como paradigma do político. A sacralidade da vida significa que o poder soberano, como bio-poder, tomou a seu cargo a gestão política da vida biológica, que se tornou o campo de incidência das tecnologias sócio-políticas das disciplinas e da regulamentação. A modernidade é, portanto, em sua essência, bio-política, o que implica em identificar a sacralidade jurídica da vida com sua inclusão sem resíduos no âmbito de poder da decisão soberana.

Ora, se a soberania moderna – emergente do paradigma do contrato originário – se define como o poder de decisão quanto à suspensão da ordem jurídica, então o campo de concentração é seu modelo ideal de inteligibilidade e funcionamento. Pois o campo demarca o espaço anômalo de vigência absoluta de um poder que torna-se efetiva pela suspensão legítima da norma. O campo é, pois, a condição segundo a qual, no mundo moderno, a exceção torna-se a regra, como consequência da relação dialética entre uma violência que institui o direito e uma violência que o aplica. Ordenamento estatal (*Ordnung*), localização territorial (*Ortung*) e nacionalidade (*Nation*) constituem o mecanismo que permite ao poder político apropriar-se inteiramente da vida, no momento histórico do surgimento do Estado-nação, sob a forma da sacralidade da vida assegurada pelas declarações fundamentais de direitos humanos. Por isso mesmo, é a crise permanente desse modelo que exhibe inteiramente a lógica de seu funcionamento.

38 Arendt, H. *Essays on Understanding. 1930-1954*. Jerome Kohn (Ed.). New York, San Diego, London: Harcourt Brace and Company, 1994, p. 299.

No segundo pós-guerra, a ênfase instrumental sobre os direitos do homem e o multiplicar-se das declarações e convenções no âmbito das organizações supranacionais acabaram por impedir uma autêntica compreensão do significado histórico do fenômeno.³⁹

No resgate dessa função e significado históricos convém voltar o escrutínio da crítica, habilitando-a para discernir a relação entre o princípio da soberania e o da nacionalidade.

Daí porque não penetramos na essência do fenômeno do campo se o tomarmos segundo as coordenadas do sistema concentracionário criminológico-penal, de acordo com a racionalidade jurídica das execuções penais. O campo nada tem a ver, em sua essência, com o regime carcerário. Para Agamben, o campo é, por excelência, a figura paradigmática do espaço de instituição e funcionamento de uma política cuja lógica é a exceção, a exceção tornada regra – nele vigia soberanamente um poder de decisão perante o qual toda vida é vida nua: matável e insacrável.

O nascimento do campo em nosso tempo surge então, nesta perspectiva, como um evento que marca de modo decisivo o próprio espaço político da modernidade. Ele se produz no ponto em que o sistema político do Estado-nação moderno, que se fundava sobre o nexo funcional entre uma determinada localização (o território) e um determinado ordenamento (o Estado), mediado por regras automáticas de inscrição da vida (o nascimento ou nação), entra em crise duradoura, e o Estado decide assumir a vida biológica da nação. Se a estrutura do Estado-nação é, assim, definida pelos três elementos *território*, *ordenamento*, *nascimento*, a ruptura do velho *nómos* não se produz nos dois aspectos que o constituíam segundo Schmitt (a localização, *Ortung*, e o ordenamento, *Ordnung*), mas no ponto que marca a inscrição da vida nua (o *nascimento* que, assim, torna-se *nação*) em seu interior. Algo não pode mais funcionar nos mecanismos tradicionais que regulavam esta inscrição, e o campo é o novo regulador oculto da inscrição da vida no ordenamento – ou, antes, o sinal da impossibilidade do sistema de funcionar sem transformar-se em uma máquina letal.⁴⁰

É por isso que, para Agamben, as experiências totalitárias não poderiam ser compreendidas adequadamente como um *novum* na história do Ocidente,

39 Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 134. Outro sólido argumento em favor da incompatibilidade entre as interpretações de Agamben e Lafer pode ser encontrado numa citação de Norberto Bobbio, para quem direitos devem sem compreendidos sobretudo como defesa dos três bens supremos do homem: “da vida, da liberdade e da segurança social. Defesa do que? A resposta que nos provém da observação da história é muito simples e clara: do Poder, de toda forma de Poder. A relação política é por excelência uma relação entre poder e liberdade. Há uma estreita correlação entre um e outro. Quanto mais se estende o poder de um dos dois sujeitos da relação, mais diminui a liberdade do outro, e vice-versa.” (Bobbio, N. *A Era dos Direitos*, op. cit. p. 229).

40 Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 181s.

como episódios de ruptura com a tradição da política. Esse o sentido de sua polêmica e provocativa aproximação entre as democracias liberais e os regimes autoritários do nazismo e do stalinismo, que teriam instituído os campos (Auschwitz, Gulag) como paradigmas da bio-política:

A contigüidade entre a democracia de massa e os Estados totalitários não têm contudo... a forma de uma improvisada reviravolta: antes de emergir impetuosamente à luz do nosso século (século XX), o rio da biopolítica, que arrasta consigo a vida do *homo sacer*, corre de modo subterrâneo, mas contínuo.⁴¹

Não se trata, insisto, de uma condenação maniqueísta das declarações de direitos, que marcam o surgimento do constitucionalismo moderno. Trata-se, antes, de reconhecer que, ao lado de seu papel efetivamente emancipatório, de defesa contra o arbítrio e o despotismo do Estado, é preciso notar o caráter bifrontal de todo evento político decisivo. Nesse sentido, as declarações de direitos são a outra face do racismo bio-político.

Mas também, justamente em razão do caráter ambivalente e equívoco dessa bifrontalidade de todo fenômeno histórico-político, um combate no campo das conquistas representadas pelos direitos humanos justifica-se como um tipo de ação estratégica. Esse processo se assemelha muito à disputa em torno da vida, de acordo com as análises de Michel Foucault.

Registrando a transformação no modo de exercício de relações de poder ao longo do século XIX, assim como os movimentos de resistência a que deram origem, Foucault conecta diretamente, por um lado, os efeitos bio-políticos da inclusão da vida natural nos circuitos do poder, e, por outro lado, os movimentos de resistência a que essa captura deu lugar:

E contra esse poder ainda novo no século XIX, as forças que resistem tomaram apoio sobre aquilo mesmo que ele investia – quer dizer, sobre a vida e o homem enquanto ele é um ser vivente.

Desde o século passado, as grandes lutas que colocam em questão o sistema geral de poder não se fazem mais em nome de um retorno aos antigos direitos, ou em função do sonho milenar de um ciclo dos tempos e de uma idade de ouro. Não se espera mais o imperador dos pobres, nem o reinado dos últimos dias, nem mesmo apenas o restabelecimento das justiças que se imagina ancestrais; o que é reivindicado e serve de objetivo é a vida, entendida como necessidades fundamentais, essência concreta do homem, realização de suas virtualidades, plenitude do possível. Pouco importa se trata-se ou não de utopia, tem-se aí um processo muito real de luta; a vida como

41 Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 181.

objeto político foi, de algum modo, tomada literalmente e retornada contra o sistema que empreendia controlá-la.⁴²

Diante desse quadro, perfilam-se três consequências cuja importância mal pode ser exagerada: em primeiro lugar, a antecipação, pelo texto de Walter Benjamin sobre o conceito de história, da tese a respeito da confusão inerente à política moderna entre exceção e regra, apreendida por ele sob a ótica dos oprimidos:

A tradição dos oprimidos nos ensina que ‘o estado de exceção’, no qual vivemos, é a regra. Temos de chegar a um conceito de história que corresponda a isso. Então será nossa tarefa trazer para diante de nossos olhos o estado de exceção efetivo, e, por meio disso, melhorar nossa posição na luta contra ao fascismo.⁴³

Ora, como bem reconhece Agamben, se o que temos diante dos olhos é uma situação duradoura de vigência (normal) da exceção, então esta perde sua condição de medida excepcional para transformar-se em técnica de governo, que fornece o paradigma constitutivo da nova ordem jurídica.

Entre 1934 e 1938, com a crise das democracias européias e o colapso dos estados nacionais, o regime de exceção assume crescentemente a natureza de um

problema técnico essencial que marca profundamente a evolução dos regimes parlamentares modernos: a extensão dos poderes do executivo no âmbito do legislativo por meio da promulgação de decretos e disposições, como consequência da delegação contida em leis de ‘plenos poderes’. ‘Entendemos por leis de plenos poderes aquelas por meio das quais se atribui ao executivo um poder de regulamentação excepcionalmente amplo, em particular o poder de modificar e de anular, por decretos, as leis em vigor’.⁴⁴

Consequência: em tempos de crise (em particular de crise econômica), ocorre uma hipertrofia (supostamente excepcional) do executivo e uma erosão do legislativo, como meio de neutralização do perigo via regulamentação, o que torna o executivo mais forte, aumentando seu poder de governo e restringindo direitos dos cidadãos.

42 Foucault, M. *Histoire de la Sexualité. La Volonté de Savoir*. Paris: Gallimard, 1976, p. 190s.

43 Benjamin, W. *Sobre o Conceito de História*. Tese VIII. In: Benjamin, W. *Allegorien Kultureller Erfahrung. Ausgewählte Schriften 1920-1940*. Leipzig: Reclam Verlag, 1984, p. 160. Não é o caso de explorar, nesse trabalho, a distinção e a oposição entre ‘estado de exceção’ (Schmitt) e estado de exceção efetivo (*wirklich*, Benjamin).

44 Agamben, G. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 18s.

A terceira consequência que gostaria de destacar diz respeito à relação entre a crise de funcionamento do trinômio ordenamento, território, nação e a configuração da ordem jurídica em tempos de globalização de capitais e mercados. Essa ordem tem de tornar-se o enquadramento institucional da livre economia, cuja *dynamis* repousa sobre a liberdade de mercado e sobre a necessidade de atualização permanente do potencial tecnológico das sociedades situadas no centro do capitalismo planetário.

Aqui não pode deixar de ocorrer uma transformação no conteúdo material da soberania, que visa garantir interesses econômicos de grandes organizações supranacionais.

Desta forma, a soberania nacional se transformou em um espaço vazio para os processos sócio-econômicos. O conteúdo social e econômico da integridade territorial não é mais reconhecido, tornando aquele Estado [os Estados situados na periferia do capitalismo globalizado, como, por exemplo, os da América Latina, OGJ.] um espaço de poder econômico do Estado soberano pleno... Os países latino-americanos mantêm formalmente seu autogoverno, mas compartilham de modo crescente sua gestão macro-econômica com os Estados Unidos através de organismos multilaterais e do sistema financeiro internacional. As redes de poder foram deslocadas, portanto, para o campo da administração macroeconômica global.⁴⁵

Ora, isso significa que a economia capitalista de extensão planetária, como bio-política, assume também a gestão macroeconômica global, erodindo a autoridade pública dos estados-nação, esgarçando os vínculos de solidariedade política no interior dos mesmos, tecnicizando radicalmente as decisões econômicas e reduzindo a um patamar incipiente os espaços de atuação e deliberação democráticas – o que equivale a um estado de exceção econômico permanente.

A nova geopolítica monetária e a concentração dos centros de decisão sobre investimentos... torna a sua capacidade de retaliação econômica o fundamento último da soberania no que diz respeito às políticas econômicas dos Estados periféricos. Isso gera, no médio e no longo prazos, a deslegitimação democrática, o esfacelamento do Estado e *formas cada vez mais sofisticadas de autoritarismo*. Com a globalização, a instabilidade econômica aumentou e o recurso aos poderes de emergência para sanar as crises econômicas passou a ser muito mais utilizado, com a permanência do estado de emergência econômico.⁴⁶

Tais considerações colocam fundamentalmente em questão todo e qualquer programa de reconstrução de direitos humanos, como, por exemplo,

45 Bercovici, G. *Constituição e Estado de Exceção Permanente*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 177.

46 Bercovici, G. *Constituição e Estado de Exceção Permanente*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 179.

aqueles empreendidos depois da barbárie nazista, como salvaguarda universalista e internacional dos direitos humanos: refiro-me, *prima facie* a Norberto Bobbio e, entre nós, particularmente a Celso Lafer. De acordo com as análises de Agamben, o problema é estrutural e incontornável, instituindo o campo de concentração (espaço anômico por excelência, no qual a exceção é a regra) como a forma paradigmática da política contemporânea. Essa forma aparece como realidade macabra, em nossos dias, especialmente nos campos de refugiados, nos espaços de detenção emergencial, nos confinamentos em aeroportos e prisões militares, nos quais suspende-se toda e qualquer garantia radicada na cidadania juridicamente assegurada pelo direito estatal.

No horizonte desse diagnóstico de nosso tempo, torna-se indispensável compreender adequadamente a recusa, por Agamben, de toda e qualquer alternativa teórica e prática que passe necessariamente, hoje em dia, pela (agonizante) mediação jurídico-estatal da política. Talvez aí resida o sentido de seu messianismo radical, que é também o traço distintivo de um pensamento que se mostra profundamente tributário, em sua inspiração, da teologia política de Walter Benjamin. Nesse sentido, seria preciso prestar ouvidos ao lúcido comentário de um analista arguto do pensamento de Benjamin, como Jacob Taubes:

Para ele, esse tipo de pensamento, em sua essência, messianismo, “é teologia dialética”. Assim Taubes interpretava o pensamento de Benjamin em 1920 (e penso que podemos interpretar analogamente Agamben hoje): “não é, porém, [teologia, OGJ.] de Igreja, antes, porém, teologia leiga. Assim como eu, assim como Carl Schmitt, com mais ou menos felicidade e entendimento. Nós não temos nenhuma Igreja por trás de nós, não temos baionetas, nenhum Estado às nossas costas, que embolsa os impostos”.⁴⁷ Trata-se, assim, de um messianismo aparentado com o de Carl Schmitt, cuja lógica idiossincrática, é a lógica do paradoxo – é ela que explica a paradoxia e a estrutura antinômica tanto do *bando como da exceptio*.

É essa “concentração messiânica sobre o paradoxal”, análoga em Benjamin e Agamben, que ressoa numa nota recentemente publicada na rede mundial de informática, assinada pelo jusfilósofo italiano:

A queda do partido comunista soviético e a dominação sem véus em escala planetária do Estado democrático capitalista eliminaram os dois obstáculos ideológicos maiores

47 Taubes, J. *Die Politische Theologie des Paulus*. Munique: Wilhelm Fink Verlag, 1993, p. 105. Numa outra passagem, Taubes caracteriza esse modo de pensar como uma “lógica interna do Messiânico”, ou “messiânica concentração sobre o paradoxal” (cf. op. cit. p.31).

que se opunham à reconsideração de uma filosofia política digna de nosso tempo: o stalinismo de um lado, o progressismo e o Estado de direito de outro. O pensamento se encontra assim pela primeira vez confrontado a sua tarefa sem nenhuma ilusão e sem nenhum álíbi possível. Por todo lado, sob nossos olhos, conclui-se a ‘grande transformação’ que arrasta um após outro os reinos de nosso planeta (repúblicas e monarquias, tiranias e democracias, federações e Estados nacionais) em direção ao Estado espetacular integrado (Debord) ou ‘capital-parlamentarismo’ (Badiou), grau último da forma Estado. E, assim como a grande transformação da primeira revolução industrial destruiu as estruturas sociais e políticas e as categorias do direito público do Antigo Regime, também os termos soberania, nação, povo e democracia e vontade geral recobrem a partir de agora uma realidade que nada tem a ver com aquela que esses conceitos designavam, e aquele que continua a deles se servir de modo acrítico não sabe literalmente do que fala.⁴⁸

No último fundamento, o que está em questão é a trama indissociável entre direito e violência (*Gewalt*), direito e poder (*Macht*), que caracteriza a experiência ocidental de instrumentalização da força para instituição ou manutenção/aplicação do direito. Essa é talvez a contribuição mais essencial dos *insights* da filosofia da história de Walter Benjamin para a compreensão da crítica jusfilosófica de Agamben.

Haver exposto, sem reservas, o nexu irreduzível que une violência e direito faz da *Crítica benjaminiana* a premissa necessária, e ainda hoje insuperada, de todo estudo sobre a soberania. Na análise de Benjamin, esse nexu se mostra como uma oscilação dialética entre violência que põe o direito e violência que o conserva. Daí a necessidade de uma terceira figura, que rompa a dialética circular entre essas duas formas de violência.⁴⁹

Para romper essa dialética perversa entre uma violência que põe o direito e uma violência que o conserva e aplica, é necessário superar justamente a visão *instrumental* da violência, que constitui o ligamento entre poder, violência e direito. Justamente a juridicização da violência, sob a forma do princípio da soberania – ou seja, das instituições especificamente criadas como meios para garantir a segurança do campo de atuação e de formação do direito aplicado e do poder político: as instituições de direito, tais como a constituição e as leis, as instâncias e aparelhos governamentais, judiciários, jurisdicionais e policiais.

La violencia, dice [em seu ensaio intitulado *Crítica da Violência, Crítica do Poder*, OGJ.] es imprescindible para establecer justicia y para preservarla. Además,

48 [http:// geocities.yahoo.com.br/polis_contemp/polis_agamben.html](http://geocities.yahoo.com.br/polis_contemp/polis_agamben.html).

49 Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 71.

la violencia sancionada asegura el monopolio de violencia, se manifiesta en la autoridad de la Policía y en la ley marcial; garantiza la efectividad de las leyes y existe también, en forma reglamentada, en el derecho a la huelga. Walter Benjamin reprobó esta violencia jurídica y, como él escribió, fatal desde el punto de vista mesiánico-revolucionario, en pro de una divina y pura violencia de la justicia, que se manifiesta en la depuración revolucionaria. Carl Schmitt y, posteriormente, Herbert Marcuse expresaron su acuerdo con esta antiparlamentaria filosofía de la revolución; por el contrario, Hannah Arendt mostró calladamente su rechazo, no incluyendo este texto en una colección de ensayos de Walter Benjamin, que publicó en los EEUU, bajo el título 'Illuminations'.⁵⁰

Para além de qualquer condenação simplista dos direitos humanos, ignorante do seu papel histórico e de sua inequívoca função emancipatória – o vigor de sua crítica leva a pensar numa estratégia para evitar a ingenuidade, teórica e prática, de admitir como armas de resistência – no caso das crises mais agudas que nos acometem – os recursos e instrumentos cuja perempção se torna progressivamente manifesta; ou, o que é ainda pior, de compactuar, uma vez mais candidamente, com modalidades contemporâneas da dominação.

Considerando a necessidade premente, ressaltada por Agamben, de desobstrução do saturado campo conceitual da filosofia do direito para que se possa pensar numa política em que a vida não seja mais separada e excepcionada no ordenamento estatal, nem mesmo através da figura dos direitos do homem; considerando, além disso, a igual urgência, por ele diagnosticada, de reverter o quadro histórico de impotência em que a democracia moderna esteve encerrada sempre que procurou enfrentar o problema do poder soberano – condição que também tê-la-ia tornado constitutivamente incapaz de levar seriamente em conta, na modernidade, a possibilidade de uma política liberada do modelo estatal; considerando, por fim, a imbricação estrutural entre poder soberano e vida nua, poder e violência, talvez Agamben não possa mesmo ser incluído como aliado confiável na tarefa reconstrutiva dos direitos humanos, mesmo concebida e proposta como implicando necessariamente sua internacionalização, com base num princípio arendtiano de cidadania – entendida como um direito a ter direitos.

50 Heuer, W. "Poder, Violência, Terror: la Republica Imperfecta y sus peligros". In: Duarte, A. et alii (Org.): *A Banalização da Violência: A Atualidade do Pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, p. 81. Hannah Arendt diferencia conceitualmente entre poder, violência e autoridade, de maneira que a relação entre direito e poder, no caso de Arendt, é bem mais sutil e complexa do que a insinuada nesse texto. Contudo, não creio que a exploração desse ponto introduza modificação substancial nas teses hermenêuticas do presente trabalho. Para um estudo minucioso do problema em questão, remeto o leitor ao posfácio de André Duarte à sua tradução do ensaio de Hannah Arendt *Sobre a Violência* (Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994).

Mas, quem seria, então, aliado de Agamben, nesse seu programa emancipatório renovado, capaz de restaurar a energia e o poder de libertário de forças autenticamente revolucionárias, rompendo a dialética perversa entre direito e violência, entre a violência que funda e a que assegura e aplica o direito? Como pensar, nos parâmetros indicados por Benjamin, e certamente seguidos por Agamben, numa violência pura, não instituidora, nem garantidora/executora do direito? Como pensar um novo direito, para fazer face às urgências que nos acometem, e pelo menos acenar na direção de um plano em que poderíamos evitar a captura da vida nua nas insidiosas armadilhas das modalidades atuais de poder soberano?

Certamente, é tarefa difícil precisar o que seria esse “direito novo”. Mas acredito poder encontrar no próprio Agamben a indicação, um sinal nesse sentido, ao fazer uso dessa mesma expressão “direito novo”. É muito possível que se trate de uma remissão a uma intervenção “limpa”, pura, não violenta, de Foucault, que o filósofo italiano considera como modalidade de ação política liberada do paradigma obsessivo da soberania.

O exemplo é convincente como instanciação exemplar dessa idéia de um “direito novo”, a despeito do entusiasmo então precoce pela figura e atuação de organizações não-governamentais (cujo ímpeto genuíno talvez tenha hoje sucumbido, colonizadas pelo integrador canto de sereia da lógica sistêmica). Trata-se de um manifesto, publicado no *Libération* de junho de 1984, alguns dias depois da morte de Foucault, que se refere a um episódio envolvendo apátridas, que provocou repulsa generalizada, tendo dado origem à criação, em Genebra, de um comitê internacional contra a pirataria.

A intervenção de Foucault está ligada a um incidente internacional que significativamente ficou conhecido como o caso dos *boat people* – os barcos nos quais cerca de oitocentas mil pessoas tentavam “ilegalmente” escapar do sudeste asiático, em busca de melhores condições de existência, expondo-se – em autêntica e dramática situação de *abandono* – a toda espécie de abusos, violência, ataque, pirataria, recusa de asilo e proteção, expulsão das águas demarcadas por fronteiras territoriais, o que mobilizou a solidariedade de muitos intelectuais. Parece-me que podemos encontrar aqui um exemplo concreto do que Foucault entendia por um “direito novo”.

Face aux gouvernements, les droits de l'homme:

Estamos aqui justamente como indivíduos privados, com nenhum outro fundamento para falar, ou para falar juntos, do que uma certa dificuldade compartilhada de suportar o que está ocorrendo.

Sei bem que é preciso render-se à evidência: a razão que faz com que os homens e as mulheres prefiram abandonar seus países, ao invés de viver neles, em relação a isso, nós não podemos grande coisa. O fato está fora de nosso alcance.

Quem, portanto, nos comissionou? Ninguém. E é justamente isso que constitui nosso direito. Parece-me que é preciso ter no espírito três princípios que, creio, guiam essa iniciativa, como outras que a precederam: l'Île-de-Lumière⁵¹, o cap. Anamour, o Avião para o Salvador, mas também a Terra dos Homens, a Anistia Internacional.

1- Existe uma cidadania internacional que tem os seus direitos, que tem os seus deveres, e que se engaja em se elevar contra todo abuso de poder, qualquer que seja seu autor, quaisquer que sejam suas vítimas. Depois de tudo, somos todos governados, e, a esse título, solidários.

2- Porque pretende se ocupar da felicidade das sociedades, os governos arrogam-se o direito de lançar na conta do lucro e das perdas a infelicidade dos homens que suas decisões provocam e suas negligências permitem. É um dever dessa cidadania internacional fazer valer sempre, aos olhos e aos ouvidos dos governos, os infortúnios dos homens, de que não é verdade que eles não são responsáveis. O infortúnio dos homens não deve jamais ser um resto mudo da política. Ele funda um direito absoluto a se levantar e a se dirigir àqueles que detêm o poder.

3- Temos de rejeitar a divisão de trabalho tão frequentemente proposta para nós: indivíduos podem ficar indignados e falar; os governos refletirão e agirão. É verdade que os bons governos apreciam a sagrada indignação dos governados, contanto que ela permaneça lírica. Eu penso que nós devemos estar conscientes que com muita frequência são aqueles que governam os que falam, que só são capazes de falar, que só querem falar. A experiência mostra que se pode e se deve recusar esse papel teatral de pura e simples indignação que nos é proposto. Anistia Internacional, Terra dos Homens, Médicos do Mundo são iniciativas que criaram esse novo direito – aquele de indivíduos privados de intervir efetivamente na política e na estratégia internacional. A vontade dos indivíduos tem de ter lugar por ela mesma numa realidade da qual os governos tentaram reservar um monopólio para eles próprios, aquele monopólio que precisamos arrancar deles pouco a pouco e dia a dia.⁵²

Tratava-se então, inequivocamente, de um direito não contaminado pelo princípio da soberania, ao mesmo tempo antidisciplinar e não previdenciário – um direito não estatal, amparado numa insólita cidadania internacional fundada nos abusos do poder e na condição infeliz das vítimas desse abuso, quaisquer que sejam.

Foucault demarcava então um domínio, que talvez já não seja o nosso hoje, que se configurava como

uma terceira imagem do direito que pode ser identificada em seu pensamento. Tal imagem não se confunde com aquela do 'direito como legalidade' (expressão do direito ligado ao princípio da soberania, cujo problema central seria o da legitimidade do poder). Tal imagem é diferente também daquela do 'direito normalizador-

51 [* Do navio-hospital *Île-de-Lumière*, partido para socorrer os *boat people* no mar da China em 1979, para a defesa internacional de todos os prisioneiros políticos. M. Foucault evoca aqui as iniciativas humanitárias de organizações não governamentais que, a partir de 1970, promoveram o direito novo de livre acesso às vítimas do conflito]. Nota no original.

52 Foucault, M. *Face aux gouvernements, les droits de l'homme*. In: *Dits et Écrits IV*. Paris: Gallimard, 1994, p. 707s.

disciplinador' (expressão do direito como vetor dos mecanismos da disciplina e do biopoder, que inclui, ao mesmo tempo, a forma do direito referido ao princípio da soberania). A imagem a que chamamos de um 'direito novo' constitui-se, assim entendemos, em um momento importante dos diversos contatos do pensamento de Michel Foucault com o mundo do direito, momento distinto daqueles referentes à imagem do direito como legalidade e à imagem do direito normalizado-normalizador.⁵³

Não estou mais seguro de que essa “terceira imagem” não tenha sido incorporada pela lógica omni-devoradora dos mercados.

De todo modo, resta para nós o mesmo pesado desafio de continuar a pensar nessa linha de um “novo direito” – como Foucault; ou ainda, em outros termos, pensar uma política totalmente emancipada das aporias ínsitas ao princípio da soberania – e assumindo tal desafio em toda sua extensão e profundidade, essa é certamente uma tarefa que exige hoje do jurista o máximo comprometimento de sua probidade intelectual.

Todavia, o problema que deve afrontar a nova política é precisamente esse: como uma política que seria voltada à completa fruição da vida é possível nesse mundo? Mas não é esse precisamente, olhando bem, o objetivo mesmo da filosofia? E quando um pensamento político moderno nasce com Marsílio de Pádua, este não se define com a retomada com fins políticos do conceito averroísta de ‘vida suficiente’ e de bene vivere? Benjamin, ele também, no Fragmento Teológico-Político, não deixa nenhuma dúvida quanto ao fato de que ‘a ordem do profano deve ser orientada em direção à idéia de felicidade’. A definição do conceito de ‘vida feliz’ (que, em verdade, não deve ser separado da ontologia, porque do ‘ser nós não temos outra experiência senão viver’) permanece uma das tarefas essenciais do pensamento que vem.⁵⁴

Trata-se de um pensamento político de inequívoca inspiração messiânica, como, talvez melhor do que nenhum outro, o demonstrou Jacob Taubes, mas um messianismo que não se confunde com a instauração (mesmo revolucionária) de um reinado celeste na Terra.

O Messias só virá no momento em que tiver conseguido tornar-se dispensável. Tal Messias não vem para instaurar seu Reino, ao mesmo tempo consecutivo ao reino terrestre e diferente dele. Ele vem justamente ‘quando já não se precisa dele, virá um dia depois de sua chegada, não virá no último dia, mas no derradeiro’, como escreve também Kafka. O Messias chega, portanto, quando sua vinda se realizou tão integralmente que o mundo já não é profano nem sagrado, mas liberto, liberto sobretudo da separação entre o profano e o sagrado. Cabe lembrar aqui que os termos *Erlösung*, *erlösen*, *Erlöser* remetem ao radical *lös* (no grego antigo *luein*, livrar ou desatar como o faz Dionísios, o *lusos*, que desata os laços na ordem sexual ou

53 Fonseca, M. A. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 245s.

54 [http:// geocities.yahoo.com.br/polis_contemp/polis_agamben.html](http://geocities.yahoo.com.br/polis_contemp/polis_agamben.html).

familiar), indica a dissolução, o desfecho, a resolução ou solução de um problema, por exemplo por seu desaparecimento bem-vindo.⁵⁵

Acredito ser no horizonte dessa despotencialização dissolutória da violência instituidora ou mantenedora do ordenamento jurídico estatal que se insere a concepção por Agamben de uma violência pura, despojada da condição servil de instrumental para as instituições de direito – um direito puro, que possa sobreviver à sua própria deposição: tal como a superabundância da graça como pleroma da lei, no momento glorioso de sua manifestação messiânica ou revolucionária.

Um dia, a humanidade brincarà com o direito, como as crianças brincam com os objetos fora de uso, não para devolvê-los a seu uso canônico e, sim, para libertá-los definitivamente dele. O que se encontra depois do direito não é um valor de uso mais próprio e original e que precederia o direito, mas um uso novo, que só nasce depois dele. Também o uso, que se contaminou com o direito, deve ser libertado de seu próprio valor. Essa libertação é tarefa do estudo, ou do jogo. E esse jogo estudioso é a passagem que permite ter acesso àquela justiça que um fragmento póstumo de Benjamin define como um estado do mundo em que este aparece como um bem absolutamente não passível de ser apropriado ou submetido à ordem jurídica.⁵⁶

Eis aqui, portanto, um desafio para entrar, a sério, no jogo lúdico e escrupulosamente estudioso do “direito novo” como limiar de uma nova figura histórica possível da justiça. E, em relação a esse desafio, vale lembrar a epígrafe do livro de Agamben intitulado *O Estado de Exceção: Quare siletis iuristae in munere vestro?* Uma sutil e erudita referência que inverte o sentido da frase de Alberico Gentile, presente em seu *De Iure Belli: Sileti theologi in munere alieno* (Vós, teólogos, deveis calar sobre o dever dos outros).

Excursus sobre Direito Penal do Inimigo

É como ilustração concreta das teses de Agamben/Foucault sobre a inevitabilidade do funcionamento letal da bio-política nas condições atuais (ou, o que significa o mesmo, na perversa inversão dialética da bio-política em tanato-política sistemática) que gostaria de abordar, em chave jusfilosófica, o tema do *direito penal do inimigo* – uma corrente contemporânea do direito penal concebida por um influente penalista alemão contemporâneo, o professor

55 Gagnebin, J-M. “Teologia e Messianismo no Pensamento de W. Benjamin”. In: *Estudos Avançados*, 13 (37). São Paulo: Cebrap, 1999, p. 198.

56 Agamben, G. *Estado de Exceção. Homo Sacer II*. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 98.

Günther Jakobs.⁵⁷ De acordo com essa teoria, pode-se (ou mesmo deve-se) estabelecer uma clivagem entre cidadãos e inimigos, à qual corresponderia uma diversidade de tratamento penal. À categoria do inimigo estariam reservadas: 1) ampla antecipação da repressão de direito penal, em muitos casos com enriquecimento subjetivo de tipos; 2) a essa antecipação não corresponderia uma redução da pena proporcional; 3) supressão de garantias processuais devidas no estado democrático de direito.

Para Jakobs, o inimigo deve ser entendido como um indivíduo que em sua atitude (por exemplo, comportamento sexual), ou em sua vida econômica, não apenas de maneira incidental, mas em sua “ocupação profissional (delinquência econômica, delinquência organizada e também, especialmente, tráfico de drogas ...), quer dizer, em qualquer caso de forma duradoura, tenha apartado, provavelmente de modo permanente, mas, em todo caso, com certa seriedade, do Direito: dito de outro modo: que não prestam a garantia cognitiva mínima que é imprescindível para ser tratado como pessoa no Direito”.⁵⁸ Contra pessoas que não oferecem condições cognitivas elementares de segurança, de que levarão uma vida conforme às normas de direito, que deve valer um direito penal de inimigo, que, para manter a norma penal vigente, deve visar sobretudo o combate aos perigos representados pelos inimigos do ordenamento jurídico.

Para meus propósitos atuais, é menos importante a distinção entre o aspecto crítico-diagnóstico ou dogmático-normativo das teses de Jakobs. Também importa menos a crítica severa que o direito penal do inimigo vem recebendo da maior parte dos teóricos do direito penal da Europa e da América. É relevante, isso sim, que o direito penal do inimigo indique, já na ousadia de sua formulação, uma instanciación empírica do racismo característico da moderna soberania concebida e implementada como bio-política. Importa que ele ofereça uma descrição fiel da evolução do direito penal moderno, como direito penal centrado no autor e na periculosidade (uma nova modalidade de perigo biológico), e não como direito penal fundado no *fato* delitivo típico e na imputabilidade – o que não pode deixar de redundar em uma tendência hegemônica de fusão entre penas e medidas de segurança, na linha da assim chamada inocuização ou incapacitação do indivíduo potencialmente perigoso, mormente naquelas regiões do globo em que são frágeis as instituições democráticas, como por exemplo na América Latina.

57 A respeito, sejam mencionados : Jakobs, G. e Cancio Meliá, M. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid, 2003; Jakobs, G. *Norm, Person, Gesellschaft*. Berlim, 2a. Ed. 1999.

58 Jakobs, G. *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*. Trad. Cancio Meliá/Feijoo Sánchez. Madrid, 2006, p. 170.

A esse respeito, convém notar que as características essenciais do direito penal do inimigo representam também a negação da concepção clássica do direito penal, tal como pensada por juristas como Beccaria, por exemplo; elas ilustram a completa policialização do direito, sua transformação em providência político-administrativa contra a periculosidade real ou potencial.

As penas assumem um papel semelhante ao das medidas de segurança, convertendo-se em uma resposta à periculosidade do sujeito, e deixam de ver-se como resposta ao fato delitivo. Abandona-se a idéia de proporcionalidade entre o fato e a sanção, porque esta já não é um castigo que tem que ver com a gravidade do fato, mas uma resposta à periculosidade do delinquente. Entra em crise o direito penal do fato e a neutralização dos focos de periculosidade se converte no eixo tanto da atividade do legislador como da execução das sanções penais; com efeito, o princípio da culpabilidade deixa de ser um pressuposto iniludível da intervenção penal. O direito penal não combate a periculosidade a partir de uma perspectiva terapêutica. O direito penal se converte em um instrumento quase-policial que determina a imposição de medidas assegurativas, quando se manifestou a periculosidade de um sujeito em um delito concreto. Nesse contexto, a pena privativa de liberdade e seu cumprimento efetivo apresentam-se como mecanismos adequados para suprir as necessidades de neutralização de delinquentes perigosos.⁵⁹

O que a mim importa, para os fins desse trabalho, é a legitimação de discutíveis e disfuncionais processos de endurecimentos punitivos dos ordenamentos jurídico-penais no Ocidente, justamente em razão dessa perigosíssima idéia de um difuso inimigo geral, que deve ser tratado como não-pessoa e não-cidadão (desde a demagógico-malufista divisa da Rota-na-Rua até a autorização legal da guerra preventiva do Império). Essa talvez seja a tendência mais preocupante da *New Penology* que atualmente firma-se no cenário internacional, recorrendo a métodos estatísticos, indicadores quantitativos para subsidiar prognósticos de periculosidade tendo em vista grupos ou classes de sujeitos (*low risk offenders*, *medium risk offenders*, *high risk offenders*) – uma espécie de justiça penal atuarial, ou gerencial-administrativa, com tecnologia probabilístico-quantitativa usual nas grandes companhias de seguro. Essa “Nova Penologia”

produz uma mutação transcendental na perspectiva de aproximação dos destinatários principais do sistema penal, que, da atenção prestada a sujeitos individuais em virtude de seus comportamentos próprios, que são sancionados com consequências jurídicas desenhadas em chave de reintegração social, passa, graças também

59 Silva Sánchez, J. Felip I Saborit, D. Robles Planas, R., Pastor Muñoz, N. “Ideología de la Seguridad en la Legislación Española Presente y Futura”. In: Agra, C. Dominguez, J. L. Garcia amado, J.A. Hebberecht, P. Recasens, A. *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un Debate Abierto*. Barcelona, 2003, p. 122.

aos avanços da tecnologia de vigilância, ao controle basicamente de concretos sujeitos sociais conceituados como grupos de risco, frente aos quais emerge a idéia de irrecuperabilidade e, em conseqüência, cada vez com maior intensidade, de incapacitação ou neutralização como função básica do sistema de controle. A tese da necessidade de implantar mecanismos da denominada gestão atuarial no sistema penal, que é uma nota distintiva da 'Nova Penologia', tem sua origem no trabalho dos criminólogos Feeley e Simon em *Criminology*, 1992.⁶⁰

Se retomarmos nesse contexto, em chave bio-política, o essencial da crítica por Agamben da tese otimista sobre a atual perspectiva de internacionalização dos direitos humanos, não podemos recuar diante da constatação de seu caráter ilusório. Afinal, é o próprio Jakobs quem observa: "O direito penal internacional não é Direito penal de cidadãos, mas Direito penal de inimigos, na medida em que não se trata de uma ordem normativa consolidada e real, de acordo com a qual se desenvolva a Comunidade Internacional".⁶¹

60 Apud Bernadro Feijoo Sánchez. "El Derecho Penal del Enemigo y el Estado Democrático de Derecho". In: Cancio Meliá – Gómez-Jara Diez: *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión*. Montevideo, Buenos Aires: Edisofer. Editorial B de F. 2006, p. 828.

61 Apud Bernadro Feijoo Sánchez: "El Derecho Penal del Enemigo y el Estado Democrático de Derecho". In: Cancio Meliá – Gómez-Jara Diez: *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión*. Montevideo, Buenos Aires: Edisofer. Editorial B de F. 2006, p. 808.